نظرية التأمينات

في

القانون المدني

د/ شمس الدين الوكيل



نظرية التأمينات في القانون المدني

دراسة مفصلة لأحكام الرهن الرسمى ، وحق
الاختصاص ، والرهن الحيازى ، وحقوق الامتياز

الدكتور
شمس الدين الوكيل
الاستاذ المساعد بكلية الحقوق
جامعة الاسكندرية

الطبعة الثانية

الناشر المعارف بالاسكندرية

١٩٥٩

إهـداء الطبعة الاولى

إلى من دفع عنى التردد ، وجدد فى نفسى الأمل ، فألقى
بى فى ميدان التأليف ، أهدى هذا الـكتاب .

تقديم الطبعة الأولى

صدر التقنين المدنى الجديد منذ عدة سنوات ، فكان ظهوره بمثابة دعوة للقدامى أن يجددوا جهدهم، وللمحدثين أن يتأهبوا لتقديم مانضج من أفكارهم.

وقد جاء صدى هذه الدعوة قوياً فى أرجاء الجامعة ، فلبى الكثير من رجالها نداء هذا الصوت الجديد . وبذلك استقبلت مصر فجر نهضة فقهية واسعة النطاق ، تصل الماضى بالحاضر ، وتهيء الحاضر للمستقبل .

هكذا استشعرت الواجب الملقى على عاتقى بوصفى من القائمين بتدريس القانون المدنى بكلية الحقوق ، فأقبلت على اعداد هذا الكتاب .

لا أدعى إنى أكملت به نقصا ، أو سددت فراغاً . ولكنى قانع من نتاج ذهنى بالأمانة فى العرض ، فما نسبت لنفسى رأياً كان لغيرى فضل ابتكاره . وماتجنيت على مذهب بغير حجة أو دليل . وهذا فى تقديرى هو الهدف من البحث العلمى . الذى يرضى ضمير الكاتب ، ويبعث الطمأنينة فى نفس القارىء .

بهذه الأسس المتقدمة أضع كتابى بين يدى كل مشتغل بالقانون أسأله الرفق بما يصادف من نقص ، وأطمع فى انصافه فيما يلقى من جهد ؟

شمس الدين الوكيل

الإسكندرية فى مايو سنة ١٩٥٦

تقديم الطبعة الثانية

اليوم أقدم الطبعة الثانية لنظرية التأمينات في القانون المدنى بعد مضى ثلاث سنوات على ظهور الطبعة الأولى .

وإنه مما يسعد الكاتب أن تتيح له الظروف إعادة النظر فيما كتب فى الماضى . وذلك أن الفقه بطبيعته ينفر من الجمود وينزع إلى التطور .

ويزيد الكاتب طمأنينة أن يعمل فى ميدان نشطت فيه حركة التأليف ، وأثمرت جهود الفقهاء .

وقد كان للرعيل الأول من أساتذتنا فضل السبق فى إرساء الأسس والقواعد التى أنارت الطريق للفقه العربى .

ثم تلقى الفقه المعاصر أمانة الماضى ، فاستطاع أن يتم رسالة السلف ، وأن يكفل لها الاستمرار والازدهار .

والآن اتخذ فقه القانون المدنى العربى ، الطابع الوطنى الخالص ، بعد أن استقل بكيان ذاتى ، دون أن يغفل أثر الفقه الأجنبى أو يجحد فضله .

وإنه ليشرفنى أن أقف بجوار نخبة من الأساتذة والزملاء ، لأداء هذه الرسالة ،والله ولى التوفيق ؟

شمس الدين الوكيل

الاسكندرية فى ١٨مايوسنة ١٩٥٩

باب تمهيدى

فى تأصيل نظرية التأمينات

التأمينات نظم قانونية قوامها هدف وأداة

١ – ارتباط نظرية التأمينات بتنفيذ الالتزام :

عنى التقنين المدنى الجديد فى مواضع متفرقة بتقرير نظم قانونية تؤمن تنفيذ الالتزام وتضمن الوفاء به. دراسة هذه النظم تقتضى التمهيد لها بالنظر إلى مركز الدائن فى مواجهة مدينه . ونقطة البداية فى هذا الشأن هى أن غاية كل دائن الحصول على الأداء الذى التزم به المدين ، ويتحقق ذلك بالتنفيذ العينى للالتزام . بيد أن تلك الغاية الأساسية قد لا يتيسر إدراكها فى كل الأحوال ، وحينئذ ليس على الدائن سوى أن يقنع بأداء بمقابل وهو ما يسمى بالتنفيذ عن طريق التعويض .

(*) مراجع : نذكر هنا أهم المراجع العامة التى اعتمدنا عليها . أما المراجع الخاصة فسنشير إليها بصدد بحث الموضوعات المتصلة بها . .

الفقه الفرنسى : أوبرى ورو وبارتان الطبعة السادسة – بلانيول وريبير الجزء الثانى عشر والثالث عشر لبيكيه الطبعة الثانية ١٩٥٣–بيدان وليرو بور بيجونيير الجزء الثالث عشر والرابع عشر لفواران الطبعة الثانية ١٩٤٨ – جوسران الجزء الثانى الطبعة الثانية ١٩٣٨– ريبير وبولانجيه الجزء الثانى الطبعة الرابعة ١٩٥٢ – كولان وكابيتان وجوليودى لامورانديير الطبعة العاشرة الجزء الثانى – رينيه ديكرز الموجز فى القانون المدنى البلجيكى الجزء الثانى ١٩٥٥ – دى باج فى شرح القانون المدنى البلجيكى الجزء السابع – انسيكلوبيدى دالوز فى القانون المدنى ظهرت تباعا فى خمسة أجزاء من ١٩٥١ إلى ١٩٥٥ .

الفقه المصرى : عبد الفتاح عبد الباقى فى التأمينات الشخصية والعينية الطبعة الثانية ١٩٥٤ – سليمان مرقس التأمينات العينية فى التقنين المدنى الجديد ١٩٥١ – شفيق شحاته النظرية العامة للتأمين العينى الطبعة الثانية ١٩٥٣ – محمد كامل مرسى الحقوق العينية التبعية أو التأمينات العينية . محمد على امام التأمينات الشخصية والعينية سنة ١٩٥٨ –محمود جمال الدين زكى دروس فى التأمينات الشخصية والعينية القاهرة سنة ١٩٥٧ .

وأيا ما كان نوع التنفيذ فالأصل فيه أن يؤديه المدين طائعاً مختاراً . وهو بهذا المسلك يستجيب إلى عنصر المديونية الذى يتوافر فى كل التزام Debitum أو Schuld) ، ويتمثل فى واجب ملقى على عاتقه يملى عليه الأداء الاختيارى . فاذا أحجم المدين عن تنفيذ ما التزم به ، هيأ القانون للدائن أن يستعين بالتنفيذ القهرى فيجبر مدينه على الاداء . وهو بهذا الإجبار يحرك عنصر المسئولية فى الالتزام(١) Obligatio أو Haftung . وقوامه تمكين الدائن من قهر ارادة المدين العاصية عن الأداء الاختيارى ، وهو ماعبرت عنه الفقرة الأولى من المادة ١٩٩ فى التقنين المدنى فى لفظ موجز « ينفذ الالتزام جبراً على المدين » .

وسعى الدائن نحو مدينه سواء بقصد الحصول على التنفيذ العينى أو التنفيذ عن طريق التعويض (٢) تحكمه قاعدة أساسية وهى أن أموال المدين جميعها تضمن الوفاء بالتزاماته ، وأن الدائنين جميعاً متساوون قانوناً فى سعيهم نحو هذه الأموال . هذه القاعدة التى وردت فى نص المادة ٢٣٤ من التقنين المدنى ، ويعبر عنها بالضمان العام للدائنين ، تتضمن بعض المخاطر . ولهذا حرص المشرع على تقرير نظم قانونية تحقق ضماناً خاصاً يتحصن به الدائن الذى لا يقنع بالضمان العام .

٢ — المسائل التى نعالجها فى هذا الباب التمهيدى :

مما تقدم يتضح لنا أن تأصيل نظرية التأمينات والبصر بحقيقة النظم القانونية التى تتناولها يقتضى نظرة عاجلة على التنفيذ العينى للالتزام ، والتنفيذ عن

---

(١) راجع فى تحليل الالتزام إلى عنصرى المديونية والمسئولية وتقدير هذا التحليل popa فكرة المديونية والمسئولية وتطبيقها فى القانون الفرنسى الحديث ، رسالة من باريس ١٩٣٥ ص ٢٩٤ فقرة ١٧٣ وما بعدها — اسماعيل غانم دراسة انتقادية لفكرة الذمة المالية ، رسالة إلى كلية الحقوق بباريس ١٩٥١ نشرت بالقاهرة سنة ١٩٥٧ ص ٢٢ فقرة ١٤ .

(٢) أنظر الوسيط فى شرح القانون المدنى الجديد السنهورى الجزء الثانى فى الإثبات وآثار الالتزام ص ٩٣٣ وما بعدها — اسماعيل غانم احكام الالتزام فى آثار الالتزام جـ ١ ص ١٧٣ وما بعدها .

طريق التعويض ، ثم تحليل قاعدة المساواة بين الدائنين فى استيفاء حقوقهم من أموال المدين وبيان ما تتضمنه من مخاطر . حينئذ تبرز لنا أهمية النظم القانونية للضمان الخاص أو التأمينات ، وهى ترتكز كما سنبين بالتفصيل على هدف ترمى إليه But ، وأدوات متعددة Techniques يستعان بها على إدراك هذا الهدف (١) .

٣ - التنفيذ العينى للالتزام غاية الدائن الاساسية :

تنص المادة ٢٠٣ من التقنين المدنى على ما يأتى « يجبر المدين بعد إعذاره على تنفيذ التزامه تنفيذاً عينياً متى كان ذلك ممكناً » .

يستفاد من حكم هذه المادة أن التنفيذ العينى هو الهدف الأساسى فى الالتزام . ذلك أن الدائن لا يحصل على إرضاء كامل إلا بقيام المدين بتنفيذ الأداء الذى إلتزم به فعلا ، La prestation due . ومن هنا انصرف جهد المشرع إلى تمكين الدائن من هذا التنفيذ العينى كلما تيسر ذلك . إدراك هذه الغاية لا يتحقق على أتم وجه إلا إذا أقبل المدين على التنفيذ طائعا مختاراً . ولكن الأمر يتعقد حينما يحجم المدين عن التنفيذ الإرادى . هنا يتحرك عنصر الإجبار ، فيستعين الدائن بما هيأ له القانون من وسائل ينتصر بها على إرادة المدين الذى عقد العزم على عدم التنفيذ (٢) .

وأول ما تنبغى مراعاته فى هذا الشأن أن سلطة الإجبار التى تمثل عنصر المسئولية فى الالتزام لا تخول للدائن أن يستخدم العنف فى مواجهة المدين ، ذلك أن المشرع الحديث حرم كقاعدة عامة استخدام جسد المدين كوسيلة للضغط على إرادته وحمله على تنفيذ التزاماته . وبعبارة أخرى أصبح الإكراه

---

(١) راجع فى تفصيل فكرة الهدف والأداة روجيه بيرو «تأثير الأداة على هدف النظم القانونية» باريس ١٩٥٣ - ص ٥ وما بعدها .

(٢) أنظر رسالة جان ديروبيه إلى كلية حقوق تولوز الطبيعة القانونية لحق المستأجر والتفرقة بين الحقوق العينية والحقوق الشخصية باريس ١٩٥٢ ص ٢٣٢ فقرة ٢٣٤ .

البدنى ممنوعا إلا فى حدود ضيقة بالنسبة لأنواع خاصة من الديون وردت بشأنها نصوص صريحة (١) . ومن هنا اصطنع المشرع أدوات أخرى لاتمس المدين فى شخصه من شأنها تمكين الدائن من التنفيذ العينى ، هذه الأدوات تتفاوت فى قدرتها على إدراك الهدف منها ، وتتباين بحسب اختلاف طبيعة محل الالتزام .

---

(١) أنظر بصفة خاصة فى ظهور نظام الاكراه البدنى واضمحلاله بيدان ونواران جزء ١٣ ص ٨ فقرة ٣ وما بعدها . ومن المعلوم أنه فى ظل العصر البدائى للقانون الرومانى كان جوهر الالتزام يتمثل فى ارتباط التزامات المدين بشخصه . ولذا كان المدين المعسر ملكا لدائنيه يتيسر لهم بيعه والتصرف فيه بوصفه من العبيد . وفى مرحلة تالية من التطور أصبح المدين لا يباع وإنما يسخر لخدمة الدائن ولصالحه حتى ينقضى الدين . ثم ظهر التنفيذ على المال بجوار التنفيذ على الشخص . على أن وجود النظامين معا استلزم خضوع أحدهما للاخر . وغنى عن البيان أن التنفيذ على شخص المدين لا يمثل للدائن مصلحة إلا بالقدر الذى يمكنه من انتزاع ثمرة مالية كانت تتمثل من قبل فى ثمن بيع المدين أو مقابل خدماته . على هذا النحو منذ أن زال نظام السجن الخاص ، فأصبح عاما تتولاه السلطات أفلت المدين من سيطرة دائنه ، وفقد التنفيذ على الشخص المصلحة المالية المباشرة التى كان ينشدها الدائن . على أن توقيع العقوبة العامة على المدين استمر يلعب دوراً جديداً كوسيلة غير مباشرة لجبره على التنفيذ . هذه هى نواة الاكراه البدنى الذى اعتنقته التشريعات القديمة ، وحرمته القوانين الحديثة على أساس أن كرامة الإنسان تأبى أن يمس بسوء فى جسده إذا ما أخل بتنفيذ التزاماته التى تتصل بنشاطه المالى . وهذا هو مسلك المشرع المصرى الذى حرم الإكراه البدنى كقاعدة عامة ولم يقره إلا فى حدود ضيقة وردت فى غير نصوص التقنين المدنى . راجع بشأن الأحوال التى يستعان فيها بالاكراه البدنى للتنفيذ م ٣٤٧ من لائحة ترتيب المحاكم الشرعية التى تقرر بأنه « إذا امتنع المحكوم عليه عن تنفيذ الحكم الصادر فى النفقات أو فى أجرة الحضانة أو الرضاع أو المسكن ، يرفع ذلك إلى المحكمة الجزئية التى بدائرتها محل التنفيذ ومتى ثبت لديها أن المحكوم عليه قادر على القيام بما حكم به ، وأمرته ولم يمتثل ، حكمت بحبسه ، ولا يجوز أن تزيد مدة الحبس عن ثلاثين يوما . أما إذا أدى المحكوم عليه ما حكم به ، أو أحضر كفيلا ، فإنه يخلى سبيله . وهذا لايمنع تنفيذ الحكم بالطرق الاعتيادية» . هذا الحكم لازال معمولا به بعد الغاء المحاكم الشرعية ، لأنه من الأحكام الموضوعية التى لم يمسها الالغاء — أنظر نص م ١٣ من القانون رقم ٤٦٢ لسنة ١٩٥٥ .

أنظر كذلك نصوص المواد ٥١١ ، ٥١٩ من تقنين الاجراءات الجنائية ، وهو يقضى بأنه اذا ترتب على ارتكاب شخص جريمة جنائية أن أصاب الغير ضرر ، فالزم بالتعويض طبقاً للمادة ١٦٣ مدنى ، فى هذه الحالة إذا ثبت أن المدين بالتعويض قادر على الدفع وأمرته محكمة الجنح باداء المبلغ الذى الزم به ولم يمتثل ، جاز لها أن تحكم عليه بالاكراه البدنى على ألا تزيد مدة الحبس على ثلاثة أشهر . راجع الوسيط للسنهورى الجزء الثانى ص ٨٠٠ وما بعدها ، وأحكام الالتزام لاسماعيل غانم ص ٥٤ وما بعدها .

ذلك أن الالتزام قد يتيسر للدائن أن يجنى ثمرته حتى ولو امتنع المدين عن الأداء الاختيارى ، وقد يتعذر تحقيق الغاية المرجوة منه إلا إذا ساهم المدين فى ذلك بدور إيجابى .

وتتميز الطائفة الأولى بأن تنفيذها العينى ميسور الإدراك رغم أن المدين ممتنع عن القيام به . من ذلك مثلا أن يمتنع مؤجر العقار عن القيام بإصلاحات ضرورية ، فيستأذن المستأجر القضاء فى إجرائها على نفقة المؤجر ، بل وله أن ينفرد بذلك فى أحوال الاستعجال دفعا لما قد يهدد البناء من أخطار (١) .

ولكن الأمر يختلف بالنسبة إلى الطائفة الثانية من الالتزامات التى لا يتيسر بشأنها التنفيذ العينى إلا بمعاونة إرادية من جانب المدين تتمثل فى مباشرته الشخصية للتنفيذ ، وذلك مثلا إذا ما روعى فى الالتزام كفاية المدين الفنية . وقد مضت الاشارة إلى أن الدائن فى العصر الحديث غير مزود بنظام الإكراه البدنى لجبر المدين على التنفيذ العينى . ومن ثم فليس من سبيل أمامه سوى أن يقنع بالتعويض. على أن المشرع قد زوده بنظام قانونى يستعين به قبل الاكتفاء بالتنفيذ بمقابل ، وهو الإكراه المالى أو التهديد المالى (٢) الذى ألقى المشرع بأحكامه فى المواد ٢١٣ ، ٢١٤ من التقنين المدنى .

يهدف الإكراه المالى إلى حمل المدين على تنفيذ الأداء الملقى على عاتقه . وأداة تحقيق هذا الهدف هى حصول الدائن على حكم يلزم المدين بالتنفيذ العينى ، وبدفع مبالغ معينة من النقود يحكم باستحقاقها فى الغالب من الأمر على فترات متلاحقة كلما استمر المدين فى امتناعه عن التنفيذ . وللقاضى أن يزيد من قدر هذه المبالغ إذا أصر المدين على رفض التنفيذ . هذه المبالغ تتميز بأن تقديرها جزافى ، وأن الحكم بها تهديدى مؤقت . وهى على هذا النحو ليست من

(١) أنظر فى مدى إمكان التنفيذ العينى للالتزام دون معاونة المدين السنهورى المرجع السابق ص ٧٦٨ إلى ٧٩٩ — اسماعيل غانم المرجع السابق ص ٤٧ وما بعدها .

(٢) أنظر فى تفصيل نظام الاكراه المالى أو التهديد المالى astreintes كايزر مقال فى المجلة الفصلية للقانون المدنى سنة ١٩٥٣ ص ٢٠٩ ومابعدها — فريجافيل مجلة الاسبوع القانونى سنة ١٩٥١ — ١ — ٩١٠ ، وانسكلوبيدى داللوز جـ ١ لفظ astreintes

قبيل التعويضات ، بل هي بالنسبة إلى المدين بمثابة تحذير يستحثه على التنفيذ العيني ، ونذير ينبئه بعاقبة إصراره على الامتناع . وتبرز فائدة الاكراه المالى فى أن القاضى ينظر فيما حكم به من مبالغ على ضوء الموقف النهائى الذى يتخذه المدين . ذلك أنه يوم أن يدعى للحكم بالتعويض ، له أن يبقى على ما حكم به من مبالغ ، أو يعدل فيها مراعيا فى ذلك بصفة خاصة العنت الذى بدا من المدين وعناده فى الامتناع عن التنفيذ .

هذا هو مجمل نظام الاكراه المالى ، وبعد فهو نظام محمود كثيرا ما يحقق الهدف الذى من أجله تقرر . ولكنه يخفق أيضا فى بعض الأحيان أمام مدين عنيد عقد العزم على عدم التنفيذ . حينئذ ليس على الدائن سوى أن ينصرف عن التنفيذ العينى وأن يقنع بتنفيذ بمقابل أى عن طريق التعويض ، وهو الغاية الاحتياطية لكل دائن .

٤ - التنفيذ عن طريق التعويض غاية الدائن الاحتياطية :

مما تقدم اتضح لنا أن الدائن لا يجنى من الالتزام ثمرة كاملة إلا بالتنفيذ العينى . ونضيف إلى ذلك أن هذا التنفيذ يجب أن يتم فى الموعد المحدد له ، إذ أن كل تأخير فيه قد يلحق الخسارة بالدائن .

فإذا لم يتم التنفيذ العينى على وجه الاطلاق ، أو تم فى موعد متأخر ، استحق للدائن التعويض . وهو استحقاق يجزيه عما فاته من إدراك غايته الأساسية فى الوقت المناسب . ومن ثم يتمثل التعويض أو التنفيذ بمقابل فى غاية احتياطية يقنع بها الدائن حيث لا يتيسر له التنفيذ العينى ، أو فى القليل حيث يتحقق بعد الموعد المضروب .

التعويض إذن نوعان ، إما عن عدم التنفيذ وإما عن التأخير فيه . وهو ما عبرت عنه م ٢١٥ بقولها « إذا استحال على المدين أن ينفذ الالتزام عينا حكم عليه بالتعويض لعدم الوفاء بالتزامه مالم يثبت أن استحالة التنفيذ قد

نشأت عن سبب أجنبي لايد له فيه . ويكون الحكم كذلك إذا تأخر المدين في تنفيذ التزامه » .

ويلحق بنطاق التنفيذ بمقابل حالة أخرى أشارت إليها م ٢٠٣ فى فقرتها الثانية، وهى محض تطبيق لنظرية التعسف فى استعمال الحق ، ومقتضاها أنه إذا كان فى التنفيذ العينى إرهاق للمدين جاز له أن يقتصر على دفع تعويض نقدى إذا كان ذلك لا يلحق بالدائن ضرراً جسيما (١) .

٥ — التنفيذ بمقابل لا ينشىء التزاما جديدا فى ذمة المدين :

الدائن إذ يقنع بغايته الاحتياطية أو يضطر إليها فيقبل من المدين تنفيذاً عن طريق التعويض لا ينشىء بذلك التزاما جديدا على المدين . فالالتزام فى ذاته لم يتغير ، وإنما التغيير قد أصاب طريقة التنفيذ ، فبعد أن كان عينيا أصبح بمقابل. وبعبارة أخرى تخلى الدائن عن غايته الأصلية برضائه أو رغم إرادته، وقنوعه بغايته الاحتياطية لا يترتب عليه انقضاء الالتزام الأصلى ، ونشأة التزام آخر على عاتق المدين (٢) .

على هذا النحو إذا كان الالتزام مزودا بتأمينات تضمن الوفاء به ، فإن هذه التأمينات تظل باقية ، تستمر فى أداء دورها فى مرحلتى التنفيذ . فهى أولا تضمن التنفيذ العينى . وبالتالى تضمن التنفيذ بمقابل أو التعويض (٣) .

---

(١) يستحق التعويض أيضاً إذا طلبه الدائن دون أن يتمسك بالتنفيذ العينى ، ولم يعرض المدين التنفيذ العينى من جانبه إذ يعتبر ذلك بمثابة اتفاق ضمنى على الرضاء بالتنفيذ بمقابل – راجع الوسيط للسنهورى جزء ٢ ص ٧٦٢ .

(٢) قارن مازو فى المسئولية جـ١ فقرة ١٠٠ ص ٩٧ وما بعدها. ويرى المؤلفان أن المسئولية التعاقدية لا تتحرك إلا عند الاخلال بالتزام تعاقدى . وحينئذ ينشأ التزام جديد ، هو الالتزام بالتعويض، وتكون المسئولية العقديه مصدره . على أن حلول الالتزام بالتعويض محل الالتزام الأول لايعتبر تجديدا بالمعنى القانونى، ولذلك تبقى التأمينات ضامنة للوفاء بالالتزام بالتعويض. انظر المرجع السابق ص ١٠٠ هامش ٤ .

قرب السنهورى الوسيط جـ ٢ فقرة ٦٢٣ ، اكثم الخولى «التعويض العينى فى القانون الفرنسى والمصرى رسالة إلى كلية الحقوق باريس سنة ١٩٥٤ فقرة ٣٣ وما بعدها .

(٣) أنظر اسماعيل غانم فى أحكام الالتزام ص ٤١ – راجع ايضا بلانيول وريبير ورادوان جـ ٧ فقرة ٨٢١ – بيدان ولاجارد جـ ٨ فقرة ٤٣٥ .

٦ – خلاصة :

من هذه النظرة العاجلة على تنفيذ الالتزام استبان لنا أن الدائن يأمل بصفة أساسية فى الحصول على التنفيذ العينى للالتزام. ولكن حيث يتعذر ذلك لسبب أو آخر ، على التفصيل المتقدم ، يقنع بتنفيذ بمقابل . وأيا ما كان نوع التنفيذ فالدائن لا يستطيع انتزاعه من شخص المدين ، ذلك أن مسئولية المدين فى العصر الحديث انكمشت فى نطاق ما يملك من أموال . ومن ثم أجيز للدائنين السعى إليها لاستيفاء حقوقهم ، وهو ما يعبر عنه بالضمان العام للدائنين .

٧ – الضمان العام للدائنين :

قضت المادة ٢٣٤ من التقنين المدنى بأن « أموال المدين ضامنة للوفاء بديونه وجميع الدائنين متساوون فى هذا الضمان إلا من كان له منهم حق التقدم طبقاً للقانون » .

تحدثنا هذه المادة عن الضمان العام للدائنين ، وهو نقطة البداية الجوهرية التى على ضوء تفهمها نستطيع تأصيل نظرية التأمينات فى القانون المدنى .

هذا الحكم الذى جاء بالمادة ٢٣٤ يتضمن قاعدة ذات شقين . الشق الأول مقتضاه أن جميع أموال المدين تضمن الوفاء بديونه ؛ والشق الثانى مؤداه أن جميع الدائنين متساوون فى سعيهم نحو هذه الأموال إلا من كان له حق التقدم بنص القانون . فلنتأمل إذن فى مضمون القاعدة بشقيها .

٨ – جميع أموال المدين تضمن الوفاء بديونه

معنى ذلك أن للدائن أن يتخير من أموال المدين المملوكة له وقت التنفيذ ما يروق له ليستوفى حقه من ثمنها مراعيا فى هذا ماورد فى قانون المرافعات بشأن الحجز على المنقول والتنفيذ على العقار . أى مال يمتلكه المدين يمكن إذن للدائن أن ينفذ عليه كقاعدة عامة إلا ما استثنى بنص خاص (١)

---

(١) يستثنى من هذه القاعدة الأموال التى وردت بشأنها نصوص صريحة تمنع الحجز عليها. =

هذه القاعدة التى تقضى بخضوع جميع أموال المدين لسلطان الدائنين ، ويعبر عنها بالضمان العام، ارتبطت منذ نشأتها بفكرة الذمة المالية فى ذاتهـا والتصوير الذى ينبغى أن يعطى لها (١) .

كان التصوير التقليدى الذى ذاع صيته واستقر فى فقه القانون المدنى زمناً غير قصير ينظر إلى الذمة المالية على أنها انعكاس للشخصية فى نطاق النشاط المالى . وهى على هذا النحو وثيقة الصلة بها. بل تندمج فيها فتكتسب خصائصها(٢)

على أن هذا التصوير مالبث أن استهدف للنقد من كل جانب ، لما أفضى اليه

من ذلك مثلا ما جاء فى المواد ٤٨٤ وما بعدها من تقنين المرافعات (راجع فى الأموال التى لا يجوز حجزها بصفة عامة أستاذنا المغفور له الدكتور محمد حامد فهمى« تنفيذ الأحكام والسندات الرسمية والحجوز التحفظية » الطبعة الثالثة التى أتمها الأستاذ محمد عبد الله ص ١١٧ وما بعدها — أحمد أبو الوفا « إجراءات التنفيذ فى المواد المدنية والتجارية » الطبعة الثانية ١٩٥٨ فقرة ١١٨ص٢٤٨ وما بعدها). وما جاء فى القانون رقم ٥١٣ لسنة ١٩٥٣ بشأن عدم جواز التنفيذ على الملكية الزراعية فى حدود خمسة أفدنة (لنا إلى هذا القانون عودة فى دراسة الرهن الحيازى ، أنظر فى شروط تطبيقه احمد أبو الوفا المرجع السابق ص ٢٧٣ فقرة ١٣٧ وما بعدها) . يترتب أيضا على الشرط المانع من التصرف فى مال من الأموال عدم قابلية هذا المال للتنفيذ عليه كقاعدة عامة — أنظر عبد المنعم البدراوى « شرح القانون المدنى فى الحقوق العينية الأصلية » الطبعة الثانية ١٩٥٦ ص ٩٢ فقرة ٧٣ — وقارن اسماعيل غانم الحقوق العينية الأصلية القاهرة سنة ١٩٥٨ ص ٦٨ فقرة ٣٤ ، حيث يحدد نطاق عدم القابلية للتنفيذ فى حدود الغرض الذى تقرر من أجله المنع من التصرف فقط . وعلى هذا النحو فالمنع من التصرف لايستتبع حتماً وفى كل الأحوال عدم القابلية للتنفيذ ما دام التنفيذ على المال لايتعارض مع الغرض من المنع من التصرف . مثال ذلك أن يرد شرط المنع فى عقد بيع عقار لم يسدد فيه المشترى الثمن. المنع هنا قصد به أن يتفادى البائع تتبع العقار بمقتضى حق الامتياز تحت يد مشتر جديد . تحقيق هذا الغرض لا يقتضى حرمان دائن المشترى من التنفيذ على العقار ، لأن تسجيل حكم مرسى المزاد يطهر العقار من الحقوق العينية التبعية المقررة عليه بما فيها امتياز البائع ، فالبائع على هذا النحو يستوفى حقه من الثمن الذى رسا به المزاد دون أن يضطر إلى مباشرة حق التتبع.انظر ايضا بودان وفواران حـ ٤ فقرة ٢٧٤ ص ٢٩٢ — وفى هذا المعنى حسن كيره الحقوق العينية الاصلية الجزء الأول حق الملكية الطبعة الأولى سنة ١٩٥٨ ص ٢٧٧ هامش ١

(١) أنظر بصفة خاصة فى تحليل ونقد فكرة الذمة المالية رسالة الزميل اسماعيل غانم إلى كلية الحقوق بباريس ١٩٥١ «دراسة انتقادية لفكرة الذمة المالية فى القانون الفرنسى والقانون المصرى» قرب وقارن حسن كيره المرجع السابق ص ١ فقرة ٥ وما بعدها .

(٢) أنظر أوبرى ورو الجزء التاسع فقرة ٥٧٣ وما بعدها — انسكلوبيدى داللوز الجزء الثالث ص ٧٣٢ .

من نتائج غير مقبولة . ومن ثم اتجه الفقه الحديث فى مجموعه إلى الإبقاء على فكرة الذمة المالية فى ذاتها ، بعد أن جردها من العيوب التى ترتبت على التصاقها بالشخصية . ويتمثل حرص الفقه فى الدفاع عن الذمه المالية فى أنها تعين على تفهم بعض الأحكام فى القانون المدنى . والذى يعنينا بصفة خاصة من هذه الأحكام هو الضمان العام المقرر للدائنين على جميع أموال المدين .

استقر الفقه الحديث على النظر إلى الذمة المالية بوصفها مجموع ما للشخص من حقوق والتزامات مالية . هذا المجموع يمثل وحدة تصورية ، تفنى فى ثناياها العناصر التى تحتويها فتفقد ذاتيتها . وتبقى الذمة المالية كمجموعة مجردة ، تدخل فيها الأموال وتخرج . وتنشأ الالتزامات وتزول ، دون أن تتأثر وحدتها المترابطة المتماسكة . وعلى هذا النحو يتحدد للذمة المالية كيان مستقل تتميز به عما تتضمنه من حقوق والتزامات .

انتصر الفقه لهذا التصوير القائم على الافتراض ، بحجة أنه يفسر الضمان العام للدائنين . فهو الذى يبرر كيف أن المال يذهب ويجىء فى ذمة المدين دون أن يكون لهذه التغيرات الطارئة المستمرة أثر على حق الدائنين ، لأن حقوق هؤلاء ، لاتتعلق بمال معين وإنما تنصب على وحدة مجردة هى الذمة المالية .

أول ملاحظة تنبغى الإشارة إليها بشأن هذا التصوير ، هى أن القول بتعلق حقوق الدائنين بالذمة المالية للمدين يتضمن تناقضاً ظاهراً . ذلك أن حقوق الدائنين تمثل فى الواقع الجانب السلبى من ذمة المدين. وعلى هذا النحو لايتصور أن ترد تلك الحقوق على هذا الجانب السلبي (١) .

تفادى التقنين المدنى فى مصر هذا التناقض المعيب ، فجاءت صياغته للضمان العام قاصرة على تعلق حقوق الدائنين بجميع أموال المدين ؛ وهى صياغة

(١) تنبه إلى هذا المأخذ جانب من الفقه الحديث الذى لا يزال محتفظا بالتصوير المجرد لفكرة الذمة المالية — أنظر فى هذا الشأن بودان وفواران جزء ١٣ ص ٣٥ فقرة ١٣ .

تترجم عن اتجاه الفقه الحديث إلى الربط بين الجانب الإيجابى والجانب السلبي فى الذمة ، باعتبار أن حقوق الشخص تضمن الوفاء بالتزاماته .

على أن هذه الصياغة الحديثة رغم تخلصها من الخطأ الفنى السابق . لازالت محل نظر فى تقدير بعض الفقهاء . فلا زالت المشكلة قائمة . هل يلزم لتفسير الضمان العام للدائنين وعدم تعلق حقوقهم بمال معين أن نبقى على التصوير المجرد للذمة المالية بوصفها وحدة تتميز عما تتضمنه من عناصر ؟

يتجه الفقه المنكر لفائدة هذا التصوير إلى إمكان تفسير الضمان العام بوسائل أخرى تستجيب إلى الواقع وتغنى عن الافتراض . وتتمثل فى تحليل الالتزام إلى عنصرى المديونية والمسئولية (١) .

الأصل فى كل التزام أن يستجيب المدين إلى عنصر المديونية فينفذ الأداء الملقى على عاتقه . وحق الدائن يتعلق بهذا الأداء ، فان امتنع المدين عن تنفيذه تحرك عنصر المسئولية . ويتمثل فى سلطة الدائن فى قهر المدين على تنفيذ ما التزم به ، أو تقديم مقابل لهذا التنفيذ . ومسئولية المدين هنا مسئولية شخصية غير محددة . ومن ثم تقتصر على مايمتلك من أموال وقت التنفيذ عليه ، ولا تمتد إلى أى مال تصرف فيه إلى الغير (٢) . على هذا النحو تمثل مسئولية المدين عنصر الإجبار فى الالتزام . ذلك الإجبار لا يصيب المدين فى شخصه ، كما نعلم ، وإنما يوجه نحو ما يمتلك من أموال .

خلاصة القول من هذا الاتجاه الفقهى الحديث أن الضمان العام يترجم عن مسئولية المدين عن الوفاء بالتزاماته ، مسئولية شخصية غير محددة بمال معين بالذات . وإنما تنصب على كافة الأموال التى يمتلكها المدين وقت التنفيذ عليه.

---

(١) أنظر فى تقديم هذا الرأى اسماعيل غانم الرسالة التى سبقت الإشارة إليها ص ٢٩ فقرة ١٧ . وقارن حسن كيره . المرجع السابق ص ٢٦ .

(٢) إلا إذا توافرت شروط الدعوى البوليصية وطعن الدائن بعدم نفاذ التصرف . أنظر ما سيأتى فى دراسة مخاطر الضمان العام .

ولعل أخص ما يميز هذا الاتجاه هو أنه محاولة موفقة لتخليص القانون المدنى من تصوير افتراضى . ذلك أن مثل هذه الافتراضات كثيراً ما يذيع صيتها، فتكتسب طابعاً من القدسية ، يجعل من العسير بعد ذلك التخلص من بعض النتائج الفاسدة التى تفضى إليها .

هذا هو الشق الأول من القاعدة التى تضمنتها المادة ٢٣٤ من التقنين المدنى . وقد عنينا بشأنه أن نكشف عن اتجاهات الفقه من إطلاق هذا الضمان وتعميمه على كافة أموال المدين (١) .

على أن هذا التعميم إذ ينصرف إلى جميع أموال المدين فهو يتناول أيضاً جميع الدائنين على قدم المساواة إلا من كان له أفضلية بنص القانون .

٩ - جميع الدائنين متساوون فى سعيهم نحو أموال المدين إلا من تمتع بالأفضلية بنص القانون :

هذا هو الشق الثانى من القاعدة التى وردت فى المادة ٢٣٤ من التقنين المدنى. وهو يعبر عن مبدأ من المبادىء الأساسية التى تحكم قواعد القانون المدنى ، وقوامه المساواة بين الدائنين فى سعيهم نحو أموال المدين إلا إذا تقرر لأحدهم أفضلية بنص القانون . هكذا قدر المشرع المصرى أن العدالة تملى توزيع الخسائر على قدم المساواة. وعلى هذا النحو حكم بأن الدائنين يقتسمون أموال مدينهم قسمة غرماء، أى كل بحسب قيمة دينه .

وإذا كان تخصيص جميع أموال المدين لإرضاء مجموع الدائنين على قدم

(١) ثمت محاولات فقهية أخرى نكتفى بالاشارة العاجلة اليها تتجه إلى أن الضمان العام حق ذو طبيعة متغيرة ، يختلف بحسب طبيعة المال الذى ينفذ عليه الدائن ، وحق المدين على هذا المال. فاذا ورد التنفيذ على شىء مادى مملوك للمدين كان حق الدائن على هذا المال حقا عينيا . وان كان التنفيذ عن طريق حجز ما للمدين لدى الغير من حقوق شخصية ، فحق الدائن هنا ذو طبيعة شخصية. وهكذا يتلون حق الدائن مستمدا طبيعته من حق المدين على المال محل التنفيذ . أنظر فى تفصيل هذا الرأى جان ديروبيه رسالة من تولوز ١٩٥٢ فى طبيعة حق المستأجر والتفرقة بين الحقوق العينية والشخصية ص ٣٨٥ فقرة ٣٣٩ وما بعدها .

المساواة هى القاعدة العادلة السليمة التى استجاب اليها المشرع المصرى . فقد يبدو لأول وهلة أنها ليست من مسلمات الفكر القانونى .

فقد يتبادر إلى الذهن مثلا أنه يمكن وضع قاعدة تفضيل بين دائن وآخر حسب تاريخ نشوء حق كل دائن . وقد يتصور أن الدائن السابق يفضل الدائن اللاحق بالنسبة للأموال التى وجدت لدى مدينه يوم أن تعامل معه . وقد يفترض العكس فيقال أن الدائن اللاحق يتمتع بأفضلية على من سبقه فيما يتعلق بالأموال التى اكتسبها مدينه بعد نشأة حقوق الدائنين الأولين .

كل هذه الحلول الافتراضية واجبة الرفض لأسباب متعددة . ذلك أن المساواة بين الدائنين تسندها فى الواقع أسس تاريخية ، وقانونية ، واقتصادية .

١ – الأساس التاريخى : لا نستطيع الجزم بأن هذا الأساس التاريخى لعب دورا فعالا فى تقرير قاعدة المساواة بين الدائنين ، ولكنه فى القليل يصلح سنداً يمثل تحقيق هذه المساواة فى المراحل الأولية لتطور نظرية الالتزام . جاءت نواة هذه المساواة من الطريقة التى كانت متبعة فى التنفيذ على أموال المدين. فالقانون الرومانى القديم كان يجهل التنفيذ المباشر ، ولم يربط حقوق الدائنين بأموال مدينهم. بل كانت تصفى هذه الأموال ، ويظهر مدين جديد Bonorum emptor هو الذى يلتزم فى مواجهة الدائنين بسداد نسب معينة من ديونهم . وكانت علاقة هذا المدين الوسيط تتحدد بالنسبة إلى جميع الدائنين فى لحظة واحدة ، على نحو لم يجعل من المتصور أن يدعى أى دائن الأسبقية فى استيفاء حقه على دائن آخر . هذه القاعدة المتصلة بإجراءات التنفيذ ، يتجه جانب من الفقه إلى القول بأنها هى السند التاريخى البعيد لمبدأ المساواة بين الدائنين . على أن السند الذى لا يقبل الشك هو الذى يقوم على أساس قانونى .

٢ – الأساس القانونى : يتجه الفقه الغالب ، فى سبيل تأصيل مبدأ المساواة بين الدائنين ، إلى الاستعانة بالتصوير الافتراضى لفكرة الذمة المالية . فحق الدائن العادى لا يتعلق بمال معين بالذات. بل ينصب على وحدة مجردة بصرف

النظر عما تحتويه من عناصر . فإذا تزاحم عدة دائنين ، فلا يتمتع أحدهم بحق أقوى من الآخر ، لأنهم جميعاً ارتبطت حقوقهم بوحدة تصويرية لا ينظر إلى ما تتضمنه من أموال ، ومن هنا كانت المساواة هى القاعدة التى ينبغى أن تحكم تزاحمهم .

على أن هذا التبرير قد آثرنا من قبل أن نتفاداه ، بوصفه يستند إلى افتراض لا يطابق الواقع . ولذلك نميل إلى الالتجاء إلى تفسير قانونى آخر للمساواة ، قوامه الاستعانة بالفكرة متقدمة الذكر التى تنظر إلى عنصرى المديونية والمسئولية فى كل التزام .

فالمدين إذ يلتزم فى مواجهة عدة دائنين ، تلحقه صفة المديونية فى مواجهتهم جميعاً بطريقة متماثلة . وهو إذ يمتنع عن أداء ما التزم به لا يستطيع الدائن أن يمسه فى شخصه ، بل يتحرك عنصر المسئولية الذى يتوافر فى الالتزام . هذه المسئولية تنصب على أموال المدين . وهى كما قدمنا مسئولية شخصية غير محددة تمثل عنصر الإجبار فى الالتزام. هذا الإجبار لا يصيب المدين فى شخصه ولكن يرد على أمواله . ومن هنا إذا تحرك عدة دائنين لقهر المدين على التنفيذ فى وقت واحد ، واتجه سعيهم نحو مال معين ، فلا يتصور ، والمسئولية شخصية غير محددة ، أن يكون هذا السعى محكوماً سوى بمبدأ المساواة بين هؤلاء الدائنين .

لا يستطيع الدائن أن يدعى الأسبقية فى نشوء حقه ، لأن المسئولية التى تسند هذا الحق غير محددة لم ترتبط بمال معين من أموال المدين . فكل حق يتقرر لدائن فى مواجهة المدين لا يختلف عن حق أى دائن آخر . الجميع أمام المدين دائنون ، وهو إذ يتعامل معهم ينظر إليهم جميعا نظرة واحدة لا تفرقة بينهم ، قوامها أنه يلتزم نحو كل منهم بأداء معين ، وضمانها أنه مسئول فى مواجهتهم مسئولية شخصية غير محددة بمال معين (١) .

---

(١) أنظر ما تقدم فى نقد فكرة الذمة المالية وتأييد هذا النقد فقرة ٨ .

هكذا تتكشف قاعدة المساواة بين الدائنين فتبدو واجبة التقرير . وتقضى باقصاء الرأى الذى يرمى إلى وضع أفضلية مطلقة تستند إلى تقديم حق الدائن الأسبق فى التاريخ . إذ فضلاعن فساد هذا الرأى من ناحية فنيةترتد إلى طبيعة حق الدائنية فى ذاته ، فهو يستلزم وجود تاريخ يقينى محدد لحق كل دائن . ولا يتوافر ذلك إلا بنظام علانية لشهر حقوق الدائنين ، وهو أمر بعيد المنال متعذر التحقيق .

٣ — الأساس الاقتصادى : أخيراً ينبغى أن ندعم هذا الأساس القانونى للمساواة ، بسند اقتصادى يتعلق بفكرة الائتمان . ذلك أن المساواة كقاعدة عامة تدعم ائتمان المدين . إذ أن الدائن يقبل على التعامل وهو فى القليل يطمئن إلى قدر متيقن. فهو يعلم أنه خاضع للمساواة فى الغنم والغرم مع سائر الدائنين. أما إذا أطلقت القاعدة التى تمنح أفضلية للدائن السابق ، فان ذلك يؤدى إلى إغراء المدين باستنفاد ائتمانه على نحو يصرف عنه كافة الدائنين الذين قديتعاملون معه فى المستقبل.لذلك قضى القانون بقاعدة المساواة ليضمن للدائن على الأقل أن حظه فى الحصول على حقه لا يقل عن حظ الآخرين (١)

على أن المشرع إذ قرر المساواة على النحو المتقدم ، لم يأخذ بها على إطلاقها. وقد راعى فى ذلك أن الاسراف فيهـا يضر بالمدين . ولهذا فتح ثغرة تنفذ منها الأفضلية التى يمكن أن تكون لدائن على آخر ، ولكنها أفضلية لا تتقرر إلا بنصوص القانون ، وذلك إذا لم يقنع الدائن بالضمان العام نظراً لما قـد يتضمن من مخاطر .

١٠ ـ مخاطر الضمان العام :

على ضوء ما تقدم ، لنا الآن أن نتساءل ، هل يبعث الضمان العام الثقة فى نفس الدائن فيحثه على التعامل مع المدين . وبعبارة أخرى هل يكفل الضمان

(١) راجع فى هذا الأساس التاريخى والقانونى والاقتصادى لقاعدة المساواةرسالة فاسير باريس ١٩٤٩ المساواة بين الدائنين العاديين فى نظام الإفلاس ص ١١ وما بعدها .

العام للدائن أن يستوفى حقه كاملا من مدينه دون أن يتعرض للأخطار ؟

التأمل فى أحكام الضمان العام يكشف عن عيوب لا تجعل الدائن فى مأمن من الأخطار .

١ — العيب الأول أساسه أن جميع الدائنين متساوون فى هذا الضمان . فاذا كان المدين موسراً بأن كانت أمواله تكفى للوفاء بديونه . لا يلحق الدائن أى ضرر . وإنما يتجلى الخطر فى حالة اعسار المدين .

فإذا كان إعساره كاملا أى أن المدين لا يمتلك شيئاً ، فليس أمام الدائن سوى أن يأمل فى يسار مقبل . أما إذا كان إعساره جزئياً فهنا تلعب قاعدة المساواة بين الدائنين دورها فيقتسمون أموال مدينهم قسمة غرماء .

على أنه إذا تركت الحرية مطلقة لكل دائن فى السعى نحو أموال المدين المعسر ، لترتب على ذلك أن يظفر بالغنم من يبادر بالتنفيذ قبل غيره . على هذا النحو يتحقق الفوز للدائن اليقظ الذى يتربص بأموال مدينه فينفذ عليها حينما يستشعر الحرج المالى الذى أحاط به . ولو ترك أمر المدين المتعثر دون تنظيم قانونى يحكم مركزه ، لأفضى ذلك إلى تزاحم غير عادل بين الدائنين وإهدار المساواة فيما بينهم . ذلك المبدأ الذى حرص المشرع الحديث على وضعه فى مكان مرموق يفصح عن نظرته إليه كأساس من أسس القانون المدنى .

تنبه التقنين المدنى الجديد إلى هذا الخطر ، فوضع تنظيما قانونياً لنظام الإعسار المدنى (١) فى المواد ٢٤٩ إلى ٢٦٤ .

وقد حرص المشرع بصفة خاصة فى هذا التنظيم الجديد أن يحمى الدائن من مدين يسعى إلى إيثار بعض الدائنين على الآخرين ، وعلى هذا النحو يمكن القول بأن الإعسار المدنى نظام قانونى يكفل تطبيقا صادقاً مأموناً لقاعدة المساواة

(١) أنظر رسالة محسن شفيق إلى كلية الحقوق بباريس ١٩٣٧ النظم المختلفة فى الافلاس المدنى — السنهورى الوسيط الجزء الثانى ص ١١٩٨ ومابعدها — اسماعيل غانم أحكام الالتزام ص ٢٤١ وما بعدها .

بين الدائنين فى سعيهم نحو أموال المدين . وبعبارة أخرى يفوت على المدين الفرصة فى إيثار دائن على آخر بوفاء يؤديه فى الفترة الذى أصبح فيها معسراً .

ويعتبر المدين معسراً إذا كانت أمواله لاتكفى للوفاء بديونه مستحقةالأداء. والقاضى يشهر الاعسار بعد تقدير كافة الظروف المحيطة بالمدين .

ويترتب على تسجيل صحيفة دعوى الاعسار أنه لا يسرى فى حق الدائنين أى وفاء يقوم به مؤثراً بذلك دائناً على آخر ، كما لا يسرى فى حقهم أيضاً أى تصرف يكون من شأنه إنقاص حقوقه أو زيادة التزاماته . والحكمة من كل ذلك ظاهرة. فالمدين يجتاز فترة ريبة ،حيث أنه مقبل على الحكم بشهر إعساره. وقد قطعت فعلا مرحلة أساسية فى هذا السبيل وذلك برفع الدعوى عليه وتسجيل صحيفتها .

على أنه مما تنبغى الإشارة اليه فى هذا الصدد ، أن شهر الإعسار لا يحرم الدائن من اتخاذ إجراء فردى للتنفيذ على أموال مدينه . وهو فارق جوهرى بين الاعسار المدنى والإفلاس التجارى . ذلك أن الإفلاس نظام جماعى يحقق للدائنين تصفية جماعية لأموال التاجر المفلس. ويتم التوزيع بواسطة وكيل عن الدائنين يسمى بالسنديك . هذا الوكيل هو الوسيط بين التاجر المفلس ودائنه، ولذلك لا يسمح لأحدهم بالسعى المنفرد .

لم يتطرف المشرع بشأن الاعسار المدنى إلى هذا الحد . بل اكتفى فقط بأن جعل منه نظاما قانونياً يكفل إعلان حالة المدين إلى كافة دائنيه وذلك عن طريق الحكم بشهر الاعسار . هذا الإعلان قدر المشرع أنه كفيل بتنبيه الدائن إلى الخطر الذى يهدد حقه ، فان تكاسل رغم ذلك فى المطالبة بحقه فعليه يقع وزر تكاسله .

هذا هو مجمل الإعسار المدنى ،وأيا ما كان الأمر فهو لا يدفع عن الدائن خطر قاعدة المساواة . بل هو يهدف فقط إلى أن يكفل لها تطبيقاً صادقاً بحرمان المدين من إيثار دائن على آخر بوفاء يؤديه بعد تسجيل صحيفة دعوى الإعسار.

ذلك أن للدائنين الآخرين أن يشاركوا الدائن الذى استوفى حقه فيما حصل عليه .

هكذا يتبين لنا أن الحماية التى استحدثها التقنين المدنى بتنظيم قانونى لإعسار المدين ، وإن كانت تضمن المساواة بين الدائنين ، إلا أنها لا تكفل له أن يحصل على حقه كاملا. وهذا هو موطن الخطر فى قاعدة المساواة حينما يلحق المدين الإعسار .

٢ ــ العيب الثانى الذى يؤخذ على الضمان العام هو أنه لا يرفع يد المدين عن التصرف فى أمواله أو الزيادة فى التزاماته . وبعد فهذه نتيجة منطقية لفكرة الضمان العام كما فسرناها من قبل (١) . وذلك أن الضمان العام من شأنه ألا يربط حق الدائن العادى بمال معين بالذات ، ومن شأنه أيضاً ألا يزود هذا الدائن بأية رقابة قانونية يستطيع فرضها على المدين فيمنعه من التعامل مع دائن جديد . والحكمة من ذلك كما قدمنا أن حق الدائن ، إذ يستعين بعنصر الإجبار فى الالتزام لقهر المدين على التنفيذ، يتمثل فى مسئولية شخصيه غير محددة تقع على أموال المدين . هذه المسئولية لا تتحدد ، ولا تتجسم إلا من وقت مباشرة إجراءات التنفيذ . وهو لا يرد إلا على ما يجده الدائن لدى المدين من أموال .

من هنا أطلقت الحرية للمدين فى التصرف فى أمواله ، وفى عقد ديون جديدة. وهو بذلك قد يضعف الضمان العام إما بانقاص مالديه من أموال أو إضافة دائنين آخرين يشاركون السابقين فى التنفيذ على ما تبقى لديه من مال .

وبعبارة أخرى فالدائن المزود بحق الضمان العام لا يستطيع أن يراقب تصرفات مدينه القانونية . وبعد فالقول بغير ذلك يعطل النشاط القانونى لكل إنسان . إذ يكفى أن يكون الشخص مديناً بدين معين ، ليتخذ الدائن من هذا الدين سلاحا يسلطه على حياة المدين القانونية يتوعده به كلما هم باجراء تصرف جديد .

---

(١) أنظر ما تقدم فقرة ٨ ، ٩ .

على أن المشرع لم يترك مصير الدائن رهن إرادة مدين مهمل يقصر فى استيفاء حقوقه على نحو يضر بمصالح الدائنين . أو مدين غير أمين يعمد إلى غش من شأنه إفلات بعض أمواله من سيطرة دائنيه . ولذلك عنى بتقرير عدة أنظمة قانونية تكفل المحافظة على الضمان العام .

جاءت بعض هذه الأنظمة فى قانون المرافعات وذلك بالنسبة لأموال المدين المنقولة ، وهى بطبيعتها من الميسور إخفائها وإبعادها عن متناول الدائنين .ولهذا نظم تقنين المرافعات مايسمى بالحجز التحفظى على المنقول . هذا الحجز لا يعتبر تنفيذا مباشراً على المال ،ولكنه وضع للمال تحت يد القضاء بحيث لا يجوز التصرف فيه توطئة للتنفيذ عليه . على أنه مما تنبغى مراعاته فى هذا الشأن أنه لا يجوز للدائن أن يوقع حجزاً تحفظياً على أموال مدينه إلا فى الحالات الخاصة المنصوص عليها ، وبشرط اتباع القواعد والإجراءات المقررة فى القانون (١).

يتمثل أيضاً تدخل الدائن فى حياة المدين القانونية فيما ورد فى نص المادة

---

(١) راجع استاذنا المغفور له محمد حامد فهمى تنفيذ الأحكام والسندات الرسمية الطبعة الثالثة التى أتمها الأستاذ محمد عبد الله محمد ص ٤٧٥ فقرة ٤٩١ حيث يذهب أيضاً إلى أنه لا يجوز للمدين أن يمنح دائنه الحجز التحفظى فى غير الأحوال المبينة فى القانون .

وقد وردت هذه الأحوال فى المادة ٦٠١ مرافعات وتنص على أن للدائن أن يوقع الحجز على منقولات مدينه فى الأحوال الآتية : ١ – إذا لم يكن للمدين موطن مستقر فى مصر ٢ – إذا خشى الدائن فرار مدينه وكان لذلك أسباب جديه ٣ – إذا كانت تأمينات الدين مهددة بالضياع ٤ – إذا كان الدائن حاملا لكمبيالة أو سند تحت الاذن وكان المدين تاجراً له توقيع على الكمبيالة أو السند يلزمه بالوفاء بحسب قانون التجارة ٥ – إذا كان المدين تاجراً وقامت أسباب جدية يتوقع معها تهريب أمواله أو اخفائها » . ونصت م ٦٠٢ على أن « لمؤجر العقار أن يوقع فى مواجهة المستأجر أو المستأجر من الباطن الحجز التحفظى على المنقولات والثمرات والمحصولات الموجودة بالعين المؤجرة وذلك ضمانا لحق الامتياز المقرر له فى القانون المدنى ويجوز له ذلك أيضا إذا كانت تلك المنقولات والثمرات والمحصولات قد نقلت بدون رضائه من العين المؤجرة مالم يكن قد مضى على نقلها ثلاثون يوما » . (لنا عودة مفصلة إلى حكم هذه المادة فى دراسة امتياز مؤجر العقار) . كذلك يحق للدائن حجز ما للمدين لدى الغير بغير سند تنفيذى ودون أن يكون حقه معين المقدار وذلك كاجراء تحفظى بتصد حبس المال المحجوز لدى الغير ومنعه من الوفاء به للمدين تمهيداً للتنفيذ عليه (أنظر محمد حامد فهمى المرجع السابق فقرة ٢٢٦ – احمد أبو الوفا اجراءات التنفيذ ص ٤٤٠ هامش ١ ، فقرة ٢٠٢ وما بعدها وبصفة خاصة فقرة ٢٠٩ .

٨٤٢ من التقنين المدنى التى تجيز لدائن الشريك على الشيوع أن يتدخل فى إجراءات قسمة الأموال الشائعة أو بيعها بالمزاد . والقصد من هذا التدخل هو تمكين الدائن من دفع أى غبن يقع على المدين ، وحمايته من تواطؤ المدين مع الشركاء إضراراً به (١) .

على أن أهم النظم القانونية للمحافظة على الضمان العام هى تلك التى وردت فى التقنين المدنى فى المواد ٢٣٥ وما بعدها ، بعد أن فرغ المشرع من صياغة القاعدة التى قرر فيها أن أموال المدين جميعها تضمن الوفاء بديونه ، وأن هذا الضمان يتساوى فيه الدائنون إلا من تمتع بأفضلية بنص القانون . هذه النظم ترتد إلى ثلاث . الدعوى غير المباشرة ، والدعوى البوليصية أو دعوى عدم نفاذ التصرفات ، وأخيراً دعوى الصورية .

١ — الدعوى غير المباشرة : أجاز القانون للدائن بمقتضى نظام الدعوى غير المباشرة أن ينوب عن مدينه نيابة قانونية فى مباشرة حقوقه التى أهمل فى مباشرتها . هذه الدعوى إذا ما توافرت شروطها على النحو المبين فى المواد ٢٣٥ ، ٢٣٦ من التقنين المدنى يترتب عليها بطبيعة الحال إنعاش الضمان العام . ولكن ، ولهذه الملاحظة أهميتها ، الثمرة التى يجنيها الدائن من استعمال حقوق مدينه لا يستأثر بها وحده . بل يخضع فيها لقاعدة المساواة متقدمة الذكر . وبعد فنحن بصدد نظام قانونى لا ينتج أثره إلا فى حالة إعسار المدين ، أو زيادة إعساره ، أى بعد وقوع المحظور . ذلك أن الدائن لا يستطيع استعمال حقوق المدين ، إلا إذا كان إهمال المدين فى استعمال هذه الحقوق من شأنه أن يسبب إعساره أو أن يزيد فى هذا الإعسار .

تدخل الدائن إذن فى حياة المدين القانونية عن طريقه استعمال حقوقه التى أهمل فى استيفائها لدى الغير ، لا يحقق للدائن نفعاً خاصاً . ذلك أن كل فائدة

---

(١) أنظر عبد المنعم البدراوى شرح القانون المدنى فى الحقوق العينية الأصلية ص ١٨٩ فقرة ١٥٨ . حسن كيره المرجع السابق فقرة ١٢٧ ص ٣٦٥ .

تنتج من استعمال هذه الحقوق تدخل فى أموال المدين وتكون ضماناً لجميع الدائنين (٢٣٦ من التقنين المدنى) .

٢ — الدعوى البوليصية : هذا نظام قانونى أبعد أثراً فى التدخل فى النشاط القانونى للمدين . وهو مايسمى بدعوى عدم نفاذ التصرفات . ولكنها بدورها لا يحق للدائن أن يستعين بها إلا إذا كان المدين معسراً أو كان التصرف الذى يجريه يترتب عليه إعساره .

على أننا إذا أمعنا النظر استبان لنا أن الدائن تنتفى مصلحته فى متابعة أموال مدينه أو فرض رقابة على تصرفاته مادام ما تبقى له من أموال كان كافياً لسداد ديونه . ولكن الأمر يختلف إذا ما تعادلت حقوق المدين مع التزاماته ، بحيث أن كل تصرف جديد يعقده يخرج به مالا من الضمان العام ، أو كل دين جديد يلتزم به يضر بصالح الدائنين . هنا ، ومنذ هذه الفترة الحرجة ، نجد أن من صالح الدائن مراقبة المدين فى نشاطه القانونى . وقد كفل المشرع له ذلك بالدعوى البوليصية أو دعوى عدم نفاذ التصرفات التى وردت أحكامها فى المواد ٢٣٧ وما بعدها من التقنين المدنى .

وتتمثل الدعوى البوليصية فى حماية قررها القانون للدائن العادى يحصنه بها من غش المدين الذى يضعف من الضمان العام بتصرفاته (١) . على أن هذه الحماية لا تحقق هى الأخرى للدائن ضماناً كاملا .

ذلك أننا بصدد نظام قانونى لا يجوز أيضاً للدائن أن يستعين به إلا بعد إعسار المدين أو زيادة اعساره . وهو على هذا النحو يحقق حماية متأخرة ، تهدف إلى انقاذ ما تبقى لدى المدين من أموال . وبعد فالدعوى البوليصية ، شأنها شأن الدعوى غير المباشرة لا تخول للدائن الاستئثار بثمرة عدم نفاذ التصرف وحده ، بل يشاركه فى ذلك جميع الدائنين . وهو ماعبرت عنه

(١) أنظر جان ديروبيه الرسالة التى سبقت الاشارة اليها فى التفرقة بين الحقوق العينية والشخصية ص ٣٩٠ فقرة ٣٤٤ وفيها يرى المؤلف أن الدعوى البوليصية تترجم عن حق الدائن العادى فى تتبع أموال المدين تحت يد الغير والتنفيذ عليها .

المادة ٢٤٠ من التقنين المدنى بقولها « متى تقرر عدم نفاذ التصرف استفاد من ذلك جميع الدائنين الذين صدر هذا التصرف إضرارا بهم » .

وكأننا بهذا النظام القانونى لم نكفل للدائن الافلات من قاعدة المساواة التى تحكم السعى نحو أموال المدين .

٣ — دعوى الصورية : أخيراً أجاز المشرع للدائن أن يهدم بكافة طرق الاثبات الأوضاع الظاهرة التى يصطنعها المدين ، ويكون من شأنها إيهام الغير بخروج بعض الأموال من ذمته كذبا . هكذا خول القانون للدائن أن يثبت صورية تصرفات مدينه وذلك بدعوى اعلان الصورية (٢٤٤ مدنى) . والدائن هنا ، وخلافا للنظامين السابقين ، يستطيع اعلان الصورية بصرف النظر عن اعسار مدينه لأنه يقرر فقط حقيقة معينة ، وذلك باثبات أن تصرف مدينه كاذب. على أن الدائن فى الغالب من الأمر لا يلجأ إلى اعلان الصورية، إلا إذا كانت مصلحته فى ذلك واضحة ، وهذه لا تتحقق إلا إذا كان المدين معسرا (١) .

وقد عالج المشرع الفرض العملى الذى يثير التعارض بين مصالح الدائنين. فقد يكون من مصلحة بعض الدائنين التمسك بالتصرف الصورى الظاهر ، وذلك كدائن المشترى بعقد صورى . بينما يكون من صالح آخرين الكشف عن الحقيقة المستترة ، وذلك كدائن البائع بتصرف صورى . وقد حكم القانون بنص صريح (المادة ٢٤٥ مدنى) فى شأن هذا التعارض ، فآثر من يستند إلى الظاهر. ولعل الحكمة فى ذلك هى حماية الثقة المشروعة فى الارادة البينة المعلنة ، حتى ولو كانت مخالفة للارادة الحقيقية المستترة ، ذلك أن هذه الارادة المعلنة هى وحدها التى كان فى وسع الغير أن يتعرف عليها (٢) .

وبعد فالذى يعنينا من أمر تدخل الدائن فى الكشف عن الأوضاع الكاذبة

---

(١) أنظر اسماعيل غانم أحكام الالتزام ص ٢٢٠ . السنهورى الوسيط جزء ٢ ص ١١١٩ .

(٢) راجع فى تفصيل نظرية الارادة البينة التى يمكن التعرف عليها volonte reconnaissable =

التى يصطنعها المدين ، أو الاستناد إلى الوضع الظاهر ، هو أن الدائن هنا أيضاً لا يحقق نفعا خاصا يستأثر به وحده . بل يحق لزملائه أن يشاركوه فى كل ثمرة على قدم المساواة .

مما تقدم استبان لنا أن كافة النظم القانونية التى رسمها المشرع للدائن ، لا تجاوز فى هدفها فكرة المحافظة على الضمان العام . وهى بالتالى لا تكفل للدائن الافلات من قاعدة المساواة مع غيره من الدائنين ، وبصفة خاصة لا تؤمنه خطر اعسار المدين .

خطر هذا الاعسار ، وخشية الدائن من عدم استيفاء حقه كاملا مادام أنه محكوم بقاعدة المساواة ، اقتضى من المشرع أن يقرر نظما قانونية متعددة. وترمى هذه النظم إلى أن تجعل الدائن فى مركز يفضل به زملاءه على نحو يؤمنه خطر اعسار مدينه وخضوعه لقاعدة المساواة . هكذا يتكشف لنا هدف التأمينات ، ذلك الهدف تتكفل بتحقيقه نظم قانونيه متعددة الادوات . وبعد فكل نظام قانونى يضعه القانون المدنى يستند إلى هدف وأداه .

١١ - النظام القانونى قوامه هدف وأداة(١) :-

النظام القانونى institution juridique فى نظر الفقه الحديث هو كل ارادة من جانب المشرع أو الأفراد ترمى إلى تحقيق هدف معين But

على أن الارادة الكامنة فى النفس تقصر عن تحقيق أى أثر قانونى . ومن ثم وجب اعلان هذه الارادة وإظهارها لتحقيق ماتهدف إليه . هذا الاعلان لا بد وأن يصدر بطبيعة الحال فى شكل معين . ذلك أن الارادة إذ تتجه إلى

= شمس الدين الوكيل أداة تحقيق الالتزام الارادى فى القانون المصرى - رسالة دكتوراه إلى كلية الحقوق بباريس ١٩٥٢ - وأنظر بشأن الصورية ص ١٧٦ وما بعدها .

(١) أنظر فى تحليل هذه الفكرة وعرضها رسالة روجيه بيرو تأثير الاداة على هدف النظم القانونية باريس ١٩٥٣ ، بصفة خاصة الفقرات رقم ٣ وما بعدها .

تحقيق هدف أو غاية معينة تستعين بوسيلة خارجية تتجسم فيها وهذا ما نعبر عنه بالاداة .

فالاداة Technique هى الوسيلة التى يستخدمها المشرع أو الافراد لإدراك ما تهدف إليه الارادة : هذه الأداة يجب أن تتضمن من الأحكام ما يجعلها صالحة لتحقيق الهدف . ومن ثم تتجلى القدرة القانونية فى تخير الاداة التى تصلح لإدراك الغاية المنشودة . أداة لا تتجاوز فى أحكامها الهدف وإلا خانت الارادة فيما ترمى اليه . ولا تقصر أيضا عن تحقيق الهدف ، وإلا كانت عاجزة عن تلبية ما تصبوا اليه هذه الارادة .

على هذا النحو يمكن الحكم على كل نظام قانونى . فاذا ماكانت الاداة ملائمة للهدف محققة له ، يكتب للنظام القانونى النجاح حينما يتاح له التطبيق فى العمل .على ضوء هذه الملاحظة الأساسية نحدد هدف التأمينات ، ونقدم الادوات التى يستعان بها على ادراك هذا الهدف .

١٢ - هدف التأمينات

مما تقدم نستطيع أن نقرر بأن التأمينات تهدف إلى تحصين الدائن ضد خطر عدم تنفيذ الالتزام ، وخضوعه لقاعدة المساواة بين الدائنين فى حالة اعسار مدينه .

على هذا النحو يتحدد هدف التأمينات . فهى ترمى إلى بعث الطمأنينة فى نفس الدائن الذى لا يقنع بالضمان العام، ويخشى مخاطره . هذا الضمان العام كما قدمنا يعبر عن مسئولية شخصية غير محددة للمدين ، ومن ثم أطلقت حريته فى التصرف فى أمواله ، وفى عقد مايشاء من الديون . فاذا اصيب باعسار ، تعرضت حقوق الدائنين للخطر . ومركز الدائن العادى يفضى حتما ، بتطبيق قاعدة المساواة ، إلى عدم حصوله ، على حقه كاملا .

هنا تظهر أهمية التأمينات ، وتبرز فكرة الضمانات الخاصة التى تضع الدائن فى مركز يفضل به زملاءه ، على نحو يكفل له استيفاء حقه كاملا .

هذا الهدف التى ترمى التأمينات بمختلف أدواتها إلى ادراكه . يبعث الثقة فى نفس الدائن الذى يرتاب من حالة مدينه المالية . ومن هنا تظهر الصلة وثيقة بين التأمينات والائتمان .

١٣ - الصلة الوثيقة التى تربط التأمينات بالائتمان (١) :

الائتمان بمعناه اللغوى والاقتصادى يعبر تعبيرا صادقا عن الثقة . فالمدين الذى يحصل على ائتمان ، هو مدين يوحى بالثقة ، وبالتالى فهو فى مركز يخول له اكتساب آجال للوفاء بديونه .

فمن يجد من يقرضه مبلغا من النقود على أن يتم السداد فى تاريخ مستقبل . ومن يتسلم بضاعة حاضرة نظير دفع مؤجل هو شخص قد حصل على ائتمان أى ثقة .

والدائن الذى يمنح ائتماناً هو دائن يثق فى مدينه . فمن يقرض بأجل ومن يتنازل عن بضاعة حاضرة نظير ثمن مؤجل هو شخص منح ثقة وائتمانا .

ومن هنا يمكن القول بأن تأجيل تنفيذ الالتزام أى الالتزام المقترن بأجل هو الترجمة القانونية لمعنى الائتمان . وعلى هدا النحو يقع على عاتق القانون المدنى واجب وضع نظم قانونية محكمة تدعم الائتمان وتشجعه . إذ جرت العادة فى المعاملات أن الائتمان الذى يحصل عليه المدين يقدر دائما بالضمانات التى يقدمها أو يبدى استعداده لمنحها . وعلى ضوء هذه الضمانات يحدد الدائن مقدار الثقة التى يمنحها للمدين ويقيس الآجال التى يقبلها للوفاء .

راعى المشرع المصرى هذه الحقيقة . فحكم فى المادة ٢٧٣ من التقنين المدنى بسحب الثقة من المدين الذى اثبت أنه غير جدير بها . وبعبارة قانونية قضى بسقوط الأجل فى الأحوال الآتية : —

١ — إضعاف التأمينات الخاصة التى زود بها الدائن : فاذا كان هذا الإضعاف

(١) راجع بودان وفوران جزء ١٣ فقرة ٥١ .

بفعل المدين ، منح الخيار للدائن فى أن يتمسك بسقوط الأجل ، أو أن يلزم المدين بتقديم تأمين آخر يكمل به ما أضعفه من تأمينات قدمها من قبل . أما إذا كان الإضعاف ناتجا عن سبب أجنبى لا يد للمدين فيه كفعل الغير أو القوة القاهرة ، فهنا يسقط الأجل أيضا . على أنه أجيز للمدين فى هذه الحالة ، ولأنه غير مذنب فيما حدث ، أن يبقى على الأجل إن كانت له فى ذلك مصلحة ، على أن يقدم للدائن تأمينا كافيا يعوضه ما نقص من تأمينات . ولا يستطيع الدائن هنا خلافا للصورة السابقة أن يتمسك باسقاط الأجل لأن المدين لا ذنب له فى إضعاف التأمينات(١) .

٢ - إخلال المدين بوعده أن يقدم للدائن تأمينات : هنا أيضا حكم المشرع بسقوط الأجل الممنوح للمدين ، لأن الأجل يترجم عن ثقة منحها الدائن على أساس التأمينات الموعود بها . فإذا أخل المدين بوعده وجب سحب الثقة وتجريد المدين من الائتمان ، وذلك بإسقاط الأجل الذى اقترن بتنفيذ الالتزام .

مما تقدم تتضح الصلة الوثيقة بين التأمينات والائتمان . وعلى ذلك يمكننا تحديد هدف التأمينات بأنها إذ ترمى إلى تحصين الدائن ضد خطر عدم تنفيذ الالتزام وخضوعه لقاعدة المساواة بين الدائنين ، فهى على هذا النحو تحقق فى الغالب من الأمر هدفا اقتصاديا وذلك بتدعيم الائتمان (٢) .

١٤ - أدوات التأمينات :

إذا اشتهر شخص بين الناس بسمعة طيبة ، بأنه يحافظ على كلمته ويخشى على شرفه برعاية العهود التى قطعها على نفسه ، فهو بهذه السمعة وحدها فى

(١) انظر تفصيل هذه الاحكام فى دراستنا للرهن الرسمى وبحث المادة ١٠٤٨ بشأن سلطة الراهن فى استعمال المال المرهون .

(٢) على أن هذا القول لا ينبغى أن يؤخذ على إطلاقه ، فهناك بعض أنواع من التأمينات العينية وإن كانت تفيد من تقررت لصالحه ، إلا أنها تقوض الائتمان العام للمدين فتصرف عنه الدائنين . من ذلك مثلا أن يكون الشخص مديناً بمبالغ باهظة لمصلحة الضرائب ، فهذه الديون بمقتضى ما تتمتع به من امتياز على جميع أموال المدين ، تصرف الغير عن التعامل معه. أنظر ما سيأتى فى دراسة نظم التأمينات العينية .

غير حاجة إلى أن يقدم ضمانا . ذلك أنه يتمتع بائتمان شخصى يبعث على الثقة . ائتمان خلقى يقاس بما يتوافر فيه من أمانة وذكاء يضمن له يسارا مستمرا . اذا تجمعت هذه العناصر فى الشخص فذلك خير ائتمان وأقوى ضمان . فبها يستطيع أن يحصل على آجال للوفاء بالتزاماته دون أن يقتضى منه الدائن تأمينا خاصا ، قانعا بسمعة مدينة الطيبة ومطمئنا إلى دوام يساره .

بيد أن هذا الطراز من الناس يتضاءل فى المجتمع الحديث . وعلاوة على ذلك فقد اتسع نطاق المعاملات المالية على نحو جعلها تجرى بين إناس لا يعرف بعضهم بعضا . ومن ثم لا يقنع الدائن فى منحه للائتمان بسمعة ذاعت بين الناس عن مدينه. لذلك مست الحاجة إلى البحث عن أدوات مادية تؤمن الدائن ضد مخاطر عدم تنفيذ الالتزام ، وتجنبه الخضوع لقاعدة المساواة بين الدائنين فى حالة إعسار المدين . هذه الأدوات تنقسم إلى طائفتين فهى إما شخصية أو عينية .

١٥ ـ الأدوات الشخصية :

قوامها تعدد أشخاص المسئولين عن تنفيذ الالتزام . وجه التأمين فيها يتمثل فى انضمام أشخاص آخرين يسألون إلى جانب المدين عن الوفاء . وهى فى هذا الشأن تتفاوت فى قدر الائتمان الذى تمنحه. وأيا ما كانت صورتها. فالجوهرى فيها أن تعدد المسئولية عن الوفاء يخفف من خشية الدائن من عدم حصوله على حقه . ذلك أن تعدد الفرص فى السعى لأكثر من شخص يحد من المخاطر التى يتعرض لها الدائن إذا ما توجه إلى مدين واحد فقط .

ويؤخذ على هذه الأدوات أنها لا تزيل مخاوف الدائن بصفة نهائية ، حيث أنها لا تؤمنه ضد اعسار يصيب جميع المسئولين عن الوفاء .

تقوم الأدوات الشخصية اذن على تعدد المدينين ، ويتحقق ذلك فى صور مختلفة .

فهناك أولا الأداة التى يكفلها الاشتراط لمصلحة الغير . وقد عالجه المشرع فى المواد ١٥٤ وما بعدها من التقنين المدنى (١). هذه الأداة قد تحقق تأمينا لصالح المنتفع (٢). وصورة ذلك أن يعقد شخص مشارطة لصالح المنتفع وهو أجنبى عن التعاقد . استثناء من القواعد العامة يكتسب المنتفع حقا مباشرا يتلقاه من المتعهد فى المشارطة ، وذلك دون أن يمر هذا الحق بذمة المشترط . فإذا كان المنتفع مثلا دائنا للمشترط فى الأصل بمبلغ معين من النقود، ثم عقد المشترط مشارطة التزم المتعهد بمقتضاها أن يؤدى مبلغاً معادلا لقيمة الدين إلى المنتفع .فهنا يتحقق لهذا الأخير تأمين شخصى .ذلك أنه اكتسب مدينا جديدا (وهو المتعهد) ، علاوة على مدينه القديم (وهو المشترط) (٣) .

على أن الاشتراط لمصلحة الغير يتضمن قصورا بوصفه أداة من أدوات التأمينات الشخصية . ذلك أنه بمقتضى الحكم الوارد فى الفقرة الثانية من المادة ١٥٤ للمتعهد أن يتمسك قبل المنتفع بالدفوع الشخصية الناشئة عن المشارطة التى يكون فى وسعه أن يتمسك بها فى مواجهة المشترط . وعلى ذلك فلا يستطيع المنتفع أن يطمئن إلى بقاء مديونية المتعهد .وهذا هو وجه القصور فى الاشتراط لمصلحة الغير إذا ما قصد به أن يحقق تأميناً شخصياً .

هناك إلى جانب الاشتراط لمصلحة الغير أداة أخرى تفضله ، ونعنى بها

---

(١) أنظر أنور سلطان « النظرية العامة فى الالتزام » الجزء الأول فى مصادر الالتزام ١٩٥٥ ص ٢٩٠ فقرة ٢٧٦ وما بعدها .

(٢) أنظر بودان وفوار ان جزء ١٣ فقرة ٥٢ ص ٦٠ .

(٣) يتحقق الضمان الخاص ايضا بواسطة الاشتراط لمصلحة الغير فى صورة عقد تأمين على الحياة . فالدائن قد يخشى وفاة مدينه المفاجئة ، وتعرضه لمزاحمة الدائنين الآخرين فى استيفاء الدين من أموال التركة . وحينئذ يمكنه تعليق منح الائتمان للمدين ، على أن يقوم المدين بعقد وثيقة تأمين على حياته ، ويكون المستفيد منها هو الدائن .وتعقد الوثيقة عادة بمبلغ تأمين يعادل قدر الدين . فى هذه الحالة وعند وفاة المدين (وهو المشترط) يحصل الدائن (وهو المستفيد) على مبلغ التأمين من المؤمن (وهو المتعهد) .والدائن يتلقى من المؤمن حقا مباشراً لا يمر بذمة المدين. وبالتالى لا يندمج فى الضمان العام لجميع الدائنين . أى أن الدائن المستفيد فى هذه الصورة يضمن الحصول على حقه دون أن يتعرض لمخاطر مزاحمة الدائنين الآخرين .

مايسمى بالانابة القاصرة أوالناقصة delegation imparfaite (١). وقد عالجها المشرع فى مصر فى باب انقضاء الالتزام فى المواد ٣٥٩ ، ٣٦٠ ، ٣٦١

يستطيع المدين بمقتضى أحكام الإنابه أن يحصل على رضاء الدائن بشخص أجنبي يلتزم بوفاء الدين مكان المدين . والمدين هنا يسمى المنيب ، والشخص الأجنبي هو المناب ، والدائن هو المناب لديه .

هذه الانابة تحقق للدائن مديونية شخصين . فلديه أولا مدينه الأصلى وهو المنيب ، ومدينه الطارىء وهو المناب .

وقد وضع المشرع بشأن الإنابة حكما جعلها تفضل الاشتراط لمصلحة الغير فى نطاق التأمينات (٢). وبيان ذلك أنه لو كان هناك رابطة قانونية بين المنيب والمناب قبل على أساسها أن يوفى عنه الدين ، وأصاب هذه الرابطة عيب يقضى ببطلانها ، أو لحقها سبب يؤدى إلى انقضائها ، فهنا لايستطيع المناب أن يتمسك فى مواجهة المناب لديه بأى دفع يحق له أن يتمسك به فى فى مواجهة المنيب. وهذا هو ما يعبر عنه بأن التزام المناب مجرد . وقد نصت المادة ٣٦١ على هذا الحكم بقولها «يكون التزام المناب قبل المناب لديه صحيحا ولو كان التزامه قبل المنيب باطلا أو كان هذا الالتزام خاضعاً لدفع من الدفوع ، ولا يبقى للمناب إلا حق الرجوع على المنيب ، كل هذا ما لم يوجد اتفاق يقضى بغيره » .

(١) أنظر جان بولانجليه انسكلوبيدى داللوز الجزء الثانى ص ١٢ . السنهورى الوسيط حـ ٢ ص ٨٥٩ فقرة ٥١٤

(٢) قد تتحقق الانابة الناقصة بواسطة الاشتراط لمصلحة الغير أيضا. ويكون ذلك بأن يشترط المنيب على المناب أن يقوم بوفاء دينه للمناب لديه . فينشأ عندئذ للمناب لديه حق مباشر يستطيع بموجبه استيفاء حقه من المناب . وبذلك يصبح أمام مدينين : المنيب وهو المدين الاصلى الذى لاتبرأ ذمته بالاشتراط ، والمناب وهو المتعهد فى الاشتراط الذى يترتب فى ذمته التزام مباشر نحو المناب لديه.

ويلاحظ استاذنا السنهورى أن الاشتراط لمصلحة الغير أيسر من الانابة القاصرة فى هذا الشأن . فهو يتم بمجرد اتفاق المنيب والمناب ، ومن وقت هذا الاتفاق . أما رضاء المناب لديه فليس ضروريا إلا لجعل الاشتراط غير قابل للنقض . وهذا بخلاف الانابة القاصرة ، فإنها لا تتم إلا فى الوقت الذى يجتمع فيه رضاء كل من المنيب والمناب لديه . السنهورى المرجع السابق ص ٨٦٠ فقرة ٥١٥ .

من هذه الأداة ، وهي الإنابة الناقصة ، يتضح لنا أنها تحقق للدائن سعيا مزدوجاً نحو مدينين بدلا من مدين واحد . وهذا لا يتحقق إلا في صور الإنابة الناقصة. لأن الإنابة لو كانت كاملة فعنى ذلك اختفاء شخص المدين الأصلي ، وظهور المدين الطارئ . ويسمى ذلك تجديداً للالتزام بتغير المدين ، وهو لا يتحقق إلا إذا ظهرت نية التجديد صراحة ؛ لأن التجديد لا يفترض(١).

يتحقق التأمين الشخصي أيضا بنظام قانوني عالجه المشرع مع أوصاف الالتزام في المواد ٢٨٤ وما بعدها ، وهو التضامن بين المدينين. وبمقتضاه يستطيع الدائن أن يتخير أي مدين يسأله الوفاء الكامل بالالتزام ، ولا يستطيع المدين هنا أن يرد سعي الدائن بحجة أن هناك مدينين آخرين ، بل هو ملزم بالوفاء، وله بعد ذلك تصفية موقفه مع زملائه. هكذا يحقق التضامن تأمينا للدائن. فهو يجنبه خطر إعسار أحد المدينين ، إذ يهيء له الفرصة أن يحصل على حقه من الموسرين . ومن هذا يتضح لنا أيضا أن تعدد الفرص في التوجه لعدة أشخاص لسؤال أي منهم عن الوفاء الكامل بالالتزام ، يقوى أمل الدائن في الحصول على حقه ، ويبعث في نفسه طمأنينة لا تتوافر لديه بسعي منفرد نحو مدين واحد ، أو سعي متعدد نحو عدة مدينين ينقسم الدين فيما بينهم ، فلا يسأل كل منهم إلا عن حصته فقط(٢) .

(١) نصت م ٣٦٠ على الانابة الكاملة وهي التي تتضمن تجديدا للالتزام بتغيير المدين بقولها « إذا اتفق المتعاقدون في الانابة على أن يستبدلوا بالتزام سابق التزاما جديدا ، كانت هذه الانابة تجديدا للالتزام بتغيير المدين ، ويترتب عليها أن تبرأ ذمة المنيب قبل المناب لديه ، على أن يكون الالتزام الجديد الذي ارتضاه المناب صحيحا وألا يكون المناب معسرا وقت الانابة . ومع ذلك لا يفترض التجديد في الانابة ؛ فاذا لم يكن هناك اتفاق على التجديد قام الالتزام الجديد إلى جانب الالتزام الأول » .

(٢) هناك أيضا أداة شخصية أخرى توفر الضمان ، وذلك عن طريق الاتفاق على عدم قابلية الالتزام للانقسام (فقرة ٢ م ٣٠٠ مدني) ، على أن التأمين الشخصي لا يتحقق على النحو المذكور في المتن إلا عند تعدد المدينين بالالتزام الذي لايقبل الانقسام ، فالأصل أن ينقسم الالتزام على المدين إلا إذا كان غير قابل للانقسام ، فعندئذ يكون كلا لايقبل التجزئة ، ويلتزم كل مدين بالأداء الكامل للدائن ، وبذلك يتعدد أشخاص المسئولين عن الوفاء ، وسنعنى بتفصيل هذه الاداة وصلتها بالتضامن في دراستنا للتأمينات الشخصية .

هذا هو مجمل التضامن بوصفه أداة شخصية من أدوات التأمينات . وبعد فهو لا يفترض وإنما يكون بناء على اتفاق أو نص فى القانون (م ٢٧٩ مدنى)

أخيراً قد يتحقق التأمين الشخصى عن طريق الكفالة وقد عالجها المشرع فى الكتاب المخصص للعقود المسماة فى المواد ٧٧٢ وما بعدها .

والكفالة نظام قانونى بمقتضاه يتعهد الكفيل بالوفاء بالتزام المدين إذا لم يقم هذا الأخير بادائه. فالكفيل مدين تابع يستمد مركزه من مركز المدين الأصلى. وهو فى الغالب من الأمر مدين احتياطى لا يحق للدائن أن يلجأ إليه إلا بعد أن يستنفد سعيه إلى المدين الأصلى فيعجز عن الحصول على حقه منه. على أن صفة الأحتياط التى تلحق الكفيل تزول عنه، إذا ما قبل أن يكون كفيلا متضامناً. حينئذ تتداخل أحكام الكفالة مع التضامن على النحو الذى سنفصله فى بحثنا للتأمينات الشخصية .

مما تقدم يتضح أن عنصر الضمان فى الأدوات الشخصية يتمثل فى قدرة الدائن على السعى إلى أكثر من مدين واحد ؛ وبذلك يتسع نطاق المسئولية عن الوفاء بالالتزام. إذ ترتبط بعدة أشخاص بعد أن كانت قاصرة على شخص واحـد .

على أن خطر إعسار هؤلاء جميعاً لا يزال قائماً ، وهذا هو وجه القصور فيها عن تحقيق هدف التأمينات على أتم وجه . ولذلك يتقبلها الدائن احيانا بالحيطة والحذر . ومن هنا مست الحاجة إلى اصطناع أدوات أقوى أثرا ، تستحث الدائن على منح إئتمان كامل ، وهذه هى الأدوات العينية .

١٦ - الأدوات العينية :

الأدوات العينية قوامها تخصيص مال أو عدة أموال لتحصين الدائن ضد خطر عدم تنفيذ الالتزام ، وذلك بأنها تخول له استيفاء حقه من المقابل النقدى

هذا المال مفضلا على سائر الدائنين الآخرين أى دون أن يخضع لمخاطر قاعدة المساواة .

هذا التفضيل بالمعنى المتقدم لا يكون إلا بالطرق التى بينها القانون.وهوالذى تعنيه المادة ٢٣٤ من التقنين المدنى بقولها فى الفقرة الثانية أن جميع الدائنين متساوون فى الضمان العام إلا من كان له منهم حق التقدم طبقاً للقانون .

وقد بين القانون الطرق التى بها يزود الدائن بأداة عينية تؤمن له تنفيذ الالتزام. ويتحقق ذلك إما عن طريق التعاقد وذلك فى الرهن بنوعيه الرسمى والحيازى ، أو بواسطة القضاء وذلك فى حق الاختصاص ، أو بنص القانون فى حقوق الامتياز .

جوهر هذه الأدوات العينية ،التى تشمل موضوع هذا الكتاب ،هى الأولوية التى تمنح للدائن فى استيفاء حقه من المقابل النقدى لمال أو أموال معينة.وهى على هذا النحو تضع الدائن فى مركز يمتاز به عن سائر الدائنين فيستوفى حقه مفضلا عليهم . وبذلك يفلت من مخاطر قاعدة المساواة فى حالة إعسار المدين .

هذه الأدوات العينية إذ تربط حق الدائن بمال معين ، فهى فى الغالب من الأمر ، وعلى التفصيل الوارد فيما بعد ، تخول للدائن أن يتتبع المال الذى ارتبط به حقه فى أى يد كانت .وهى على هذا النحو تجعله فى مركز يفضل به الدائن العادى الذى لا يستطيع أن يتتبع أموال مدينه أو يلاحقها ، لأن حقه غير متعلق بمال معين بالذات ، بل مسئولية المدين فى مواجهته شخصية غير محددة .

على النحو المتقدم ، يظهر لنا أن الأدوات العينية تحصن الدائن ضد إعسار مدينه وخطر تطبيق قاعدة المساواة وذلك بحق الأفضلية . وتؤمنه ضد تصرفاته وذلك بحق التتبع .

وبعد فالأداة العينية يترجم عنها بأنها تكسب الدائن حقا عينيا تبعيا على مال أو أموال معينة .

هذا الحق العيني التبعي الذى يتحصن به الدائن فيفلت من خطر إعسار مدينه ، وتطبيق قاعدة المساواة ، يحقق إئتمانا كاملا ، ويستحث الدائن بصفة عامة على منح آجال للمدين دون ان يساوره الخوف من إعساره .

ولذلك فالتأمين العيني يفضل التأمين الشخصي من هذه الناحية . إذ أن الخطر من الأداة العينية لا يتحقق إلا إذا هبطت القيمة الاقتصادية للمال . وهو أمر غير مألوف ، أو فى القليل إذا حدث فإنما يكون ذلك نتيجة لاضطراب مالى يصيب المجتمع فى شتى فروع نشاطه .

على أن التأمين الشخصى قد يفوق التأمين العينى من ناحية أخرى . ذلك أن الدائن إذا منح ثقته لأشخاص فهى ثقة لاحدود لها . أما الثقة الممنوحة على أساس إئتمان عينى ، فهى محدودة لأنها تتقيد بالقيمة الاقتصادية للمال دون أن تتجاوزها .

١٧ - إقرار قسم خاص لدراسة الحق فى الحبس والدعوى المباشرة :

إلى جانب الأدوات متقدمة الذكر هناك أنظمة قانونية أخرى تكفل للدائن أفضلية على غيره من الدائنين ، ولكن يتعذر إدماجها فى طائفة التأمينات الشخصيةأو العينية. ولهذا نفضل إفراد قسم خاص بها . ونعنى بها الحق فى الحبس ، والدعوى المباشرة .

عالج المشرع الحق فى الحبس(١)فى المواد ٢٤٦ ومابعدها من التقنين . وتنص المادة ٢٤٦ على أن « لكل من التزم بأداء شيء أن يمتنع عن الوفاء به ، مادام الدائن لم يعرض الوفاء بالتزام مترتب عليه بسبب التزام المدين ومرتبط به ، أو مادام الدائن لم يقم بتقديم تأمين كاف للوفاء بالتزامه هذا — ويكون ذلك بوجه خاص لحائز الشيء أو محرزه ،إذا هوانفق عليه مصروفاتضرورية أونافعة ،

---

(١) راجع اسماعيل غانم احكام الالتزام ص٢٥٣ وما بعدها — السنهورى الوسيط جزء٢ ص ١٣٤ وما بعدها . انور سلطان حـ ٢ فى أحكام الالتزام فقرة ١٧٢ وما بعدها .

فإن له أن يمتنع عن رد هذا الشيء حتى يستوفى ماهو مستحق له إلا أن يكون الالتزام بالرد ناشئا عن عمل غير مشروع » .

الحبس بالمعنى المتقدم لا يخول للدائن أفضلية بالمعنى الفنى ، فمجرد الحق فى حبس الشيء لا يثبت حق امتياز عليه (م ٢٤٧ الفقرة الأولى) .

ولكن الحبس يضع الدائن فى مركز يفضل به سائر الدائنين من ناحية واقعية. فهو بحبسه للشيء تحت يده يحرم المدين من الاستفادة منه ، على نحو قد يحمله على تنفيذ الالتزام . وهو من ناحية أخرى يستطيع إلى قدر معين أن يحتج بحقه فى الحبس فى مواجهة الغير على التفصيل الذى سنبينه فى موضع دراستنا له .

وثمت تأمين آخر يحقق للدائن مركزا يمتاز به على غيره من الدائنين ويتمثل فى الدعوى المباشرة . وهى تهيء للدائن أن يسعى بطريقة مباشرة وبإسمه شخصيا إلى مدين المدين، يسأله الوفاء بما هو مستحق فى ذمته للمدين . هذا السعى المباشر لايخول للدائن إلا بنص صريح فى القانون، وهو إن تقرر يؤمنه خطر اعسار مدينه ، ويجنبه خطر قاعدة المساواة بين الدائنين. مثال ذلك نص المادة ٥٩٦ فى فقرتها الأولى التى تقضى بأن المستأجر من الباطن يلتزم بأن يؤدى الأجرة للمؤجر مباشرة بالقدر الذى يكون ثابتاً فى ذمته للمستأجر الأصلى ، وذلك من وقت أن ينذره المؤجر بهذا الأداء . ولولا وجود هذا النص لما تيسر للمؤجر أن يدرك المستأجر من الباطن إلا بواسطة المستأجر الأصلى ، إما عن طريق الدعوى غير المباشرة أو حجز ما للمدين لدى الغير . وبعد وأيا ما كانت الوسيلة التى قد يستخدمها المؤجر ، فالقاعدة العامة أن كافة دائنى المستأجر الأصلى يحق لهم أن يشاركوه على قدم المساواة فيما حصل عليه . بينما نجد أنه بمقتضى الدعوى المباشرة المقررة بنص القانون ، يستأثر المؤجر بما استوفاه من المستأجر من الباطن لأنه سعى إليه بصفته الشخصية .

هكذا تحقق الدعوى المباشرة للدائن تأمينا يجعله فى مركز يفضل به غيره من

الدائنين . ولهذه الدعوى تطبيقات أخرى فى نصوص التقنين المدنى (١) ، وفى بعض القوانين الخاصة نبحثها فى دراستنا المفصلة لها .

١٨ - التأمينات كقاعدة عامة نظم قانونية تابعة :

تنشأ التأمينات لتحقيق هدف مشترك هو تحصين الدائن ضد خطر عدم تنفيذ الالتزام . ومن ثم فالأصل أنها تتبع الالتزام فى نشأته (٢) ومصيره وانقضائه .

ترجم المشرع المصرى عن هذه التبعية فى مواضع متفرقة . فنص فى المادة ٧٧٦ بالنسبة للكفالة أنها لا تكون صحيحة إلا إذا كان الالتزام المكفول صحيحاً . وعبر عنها فى م ١٠٤٢ التى تقضى بأن الرهن لا ينفصل عن الدين المضمون بل يكون تابعاً له فى صحته وانقضائه ، مالم ينص القانون على غير ذلك .

تطبيقاً لفكرة التبعية متقدمة الذكر قرر المشرع فى حوالة الحق أن الحوالة تشمل الحق بضماناته كالكفالة والامتياز والرهن (م ٣٠٧) . كما قرر أيضاً فى حوالة الدين أنه يبقى للدين المحال به ضماناته (م ٣١٨ فقرة أولى) . على أنه بالنسبة لحوالة الدين لم يلزم الكفيل بالابقاء على التزامه إلا إذا رضى بالحوالة . ولهذا قضت المادة ٣١٨ فى فقرتها الثانية بأنه لايبقى الكفيل عينيا كان أو شخصياً ملتزما قبل الدائن الا إذا رضى بالحوالة . وهذا حكم تقتضيه العدالة ، اذ لا ينبغى إجبار شخص على كفالة مدين لا يرتضيه .

---

(١) انظر نص المادة ٦٢٢ من التقنين المدنى فى عقد المقاولة ، والمادة ٧٠٨ فى عقد الوكالة ، والمادة ٩ من القانون رقم ٨٩ لسنة ١٩٥٠ بشأن اصابات العمل - وراجع فى دراسة الدعوى المباشرة الوسيط المرجع السابق ص ٩٧٨ - أحكام الالتزام اسماعيل غانم ص ١٩٥ .
أنور سلطان المرجع السابق فقرة ١٠٩ وما بعدها .

(٢) هذه التبعية ليست من جوهر التأمينات ، فقد أقرت بعض التقنينات الاجنبية مثل التقنين الالمانى والسويسرى قيام التأمين العينى مستقلا عن الدين الذى يضمنه ، انظر ما سيأتى فى دراسة الرهن الرسمى .

كذلك أيضاً أفصح المشرع عن هذه التبعية فى المادة ٣٣٩ فى أثر الوفاء مع الحلول بقوله « من حل قانوناً أو اتفاقاً محل الدائن كان له حقه بما لهذا الحق من من خصائص وما يلحقه من توابع وما يكفله من تأمينات وما يرد عليه من دفوع » .

أخيراً وتمشياً مع فكرة التبعية يقرر التقنين المدنى فى المادة ٣٥٦ بأنه يترتب على تجديد الالتزام أن ينقضى الالتزام الأصلى بتوابعه وأن ينشأ التزام جديد. ولا ينتقل إلى الالتزام الجديد التأمينات التى كانت تكفل تنفيذ الالتزام إلا بنص فى القانون ، أو إلا إذا تبين من الاتفاق أو من الظروف أن نية المتعاقدين قد انصرفت إلى ذلك . وقد تكفلت المواد ٣٥٧ ، ٣٥٨ ببيان الأحكام التى تراعى فى الاتفاق على نقل التأمينات إلى الالتزام الجديد . وسنعنى بتفصيل هذه الاحكام المتصلة بالتبعية عند دراسة كل ضمان خاص .

١٩ - خطة البحث :

مما تقدم يتضح لنا أن البصر بنظرية التأمينات والإحاطة بها يقتضى دراسة النظم القانونية التى قررها المشرع ، وتحليل مختلف الأدوات التى ترمى إلى تحقيق هدف التأمينات ، حتى يتكشف لنا إلى أى مدى يتيسر إدراك هذا الهدف بواسطة تلك الأدوات المختلفة .

على هذا النحو نخصص الجزء الأول لدراسة نظم التأمينات العينية ، ونعالج فى الجزء الثانى نظم التأمينات الشخصية ، ونلحق بدراستها النظم الخاصة التى تشمل الحق فى الحبس والدعوى المباشرة .

الجزء الأول

النظم القانونية للتأمينات العينية

« نظرة عامة »

٢٠ - ظهور التأمينات العينية :

ظهرت التأمينات العينية متأخرة فى تاريخ النظم القانونية . فى المدنيات البدائية كانت التأمينات الشخصية هى قوام الضمان . وكانت تؤسس على ثقة الدائن فى أشخاص يسألون عن الوفاء إلى جوار المدين . وتفسير ذلك يرجع إلى التضامن الوثيق الذى كان شائعاً فى قلب الاسرة القديمة . فكان أفراد الأسرة الواحدة يلبون فورا نداء أحد منهم ، إذا مادعاهم إلى ضمانه واستعان بهم لبعث الثقة فى نفوس دائنيه .

كذلك يرتد تأخر ظهور التأمينات العينية إلى عامل آخر يتصل بصعوبة الالتجاء إلى الائتمان العينى فى هذه الحقبة من الزمن . فالأموال المنقولة كانت أموالا بخسة ضئيلة القيمة (res mobilis res vilis) . ومن ثم لم تكن صالحة لتركيز الائتمان فيها ، على نحو يبعث الطمأنينة فى نفس الدائن . أما العقارات التى تمثل العنصر الاساسى فى الثروة ، فلم تكن ملكا خالصا لكل فرد . بل كان ينظر إليها على أنها مملوكة للأسرة ، وأن حائزها ليس سوى ممثل للاسرة فى تلك الملكية (١) .

لهذه الاعتبارات المتقدمة لم يكن من اليسير أن يروج الائتمان العينى ، وهو بعد يقوم على تخصيص أموال معينة مملوكة للمدين ، كافية فى قيمتها الاقتصادية لإستيفاء حق الدائن .

على أن التاريخ فى تطوره ، أصاب الروابط العائلية بالتفكك . وترتب على ذلك تملك كل شخص للعقارات ملكية خالصة ، ثم تطور الأمر ، فبدأت الأموال المنقولة ترتفع فى قيمتها ، بل ظهرت منها أنواع جديدة لم تكن معروفة

---

(١) انظر بلانيول وريبير وبكيه المطول - جزء ١٣ ص ٣ فقرة ٢ .

من قبل . وبذلك أصبحت تمثل عنصرا هاما فى الثروة ، على نحو جعلها صالحة لأن تستخدم فى منح ائتمان عينى (١) .

حينئذ قدر للتأمينات العينية أن تحتل مكان الصدارة بين النظم القانونية للضمان الخاص . بل أصبح الدائن يفضل الاستعانة بها ، لأنها تجعله فى مأمن تام من إعسار المدين .

على أن العصر الحديث سجل رواجا جديدا لنظم التأمينات الشخصية . وهو رواج ليس مرده التضامن العائلى كما كان الحال قديما ، بل مبعثه انتشار الأعمال المصرفية وتطورها ، بحيث أصبحت المصارف تقوم بدور هام فى منح الائتمان الشخصى . ولكن هذه المصارف فى الغالب من الأمر إذا أقبلت على ضمان أحد عملائها فهى تؤمن الرجوع عليه بتقرير ضمانات عينية :

---

(١) راجع فى تطور فكرة الأموال المنقولة وظهور أنواع جديده منها البحث القيم للاستاذ جورج ريبير فى كتابه aspects juridiques du Capitalisme moderne — ص ١٢٤ فقرة ٥٤ وما بعدها . إذ كشف العصر الحديث عن أنواع من الأموال المنقولة لم تعرفها المجتمعات البدائية ، وهى تمثل اليوم عنصرا هاما فى مالية الشخص . ومرد ذلك إلى أن تقسيم الأموال إلى عقار ومنقول كان ينصب قديما على الأشياء المادية فقط . أما الآن فالنظرة الحديثة تتناول الحقوق المالية بأسرها فتقسمها على النحو المبين بالمادة ٨٣ من التقنين المدنى . . « يعتبر مالا عقاريا كل حق عينى يقع على العقار ، بما فى ذلك حق الملكية ، وكذلك كل دعوى تتعلق بحق عينى على عقار . ويعتبر مالا منقولا ما عدا ذلك من الحقوق المالية » . تعتبر اذن الحقوق الشخصية أو حقوق الدائنية من الأموال المنقولة . وهى فى تطورها ترد فى صورة مختلفة واسعة الانتشار ، تتمثل فى الأوراق المالية والتجارية . على هذا النحو اختل التصوير التقليدى القديم للمنقولات ، فاتسع نطاقه وحوى انواعا جديدة ، اصبحت اليوم اداة فعالة للائتمان العينى . على أن هذه المنقولات الجديدة وتتمثل فى حقوق شخصية مسجلة فى أوراق قابلة للتداول ، ومقومة بقيمة نقدية ، اقتضت من المشرع الحديث أن يضع لمنح الائتمان بمقتضاها أحكاما جديدة تستجيب إلى طبيعتها. دراسة هذه الأحكام يتقاسمها القانون المدنى والقانون التجارى معا . على أن القانون التجارى يحظى من دراستها بالنصيب الأوفر . كذلك انعكس ظهور هذه الأموال على قانون المرافعات ، فأملى عليه تقرير نظم خاصة للتنفيذ عليها ، تختلف بحسب طبيعة كل منها . انظر فى ذلك محمد حامد فهمى المرجع السابق — حجز الإيرادات والأسهم والسندات والحصص ص ٣٠٦ وما بعدها . احمد أبو الوفا اجراءات التنفيذ ص ٦٠٥ وما بعدها .

نستطيع أن نلمس بالنسبة إلى مصر تطوراً يشبه فى مراحله ماتقدم بيانه . فالتضامن العائلى لعب دورا فعالا فى رواج التأمينات الشخصية فى المجتمع المصرى. هذه الظاهرة كانت ملموسة إلى وقت غير بعيد ، بل ولعلها قائمة حتى الآن وإن كانت بسبيل الزوال .

هذا ويلاحظ من ناحية أخرى ، أن العقارات ، وبصفة خاصة الأراضى الزراعية ، تمثل العنصر الهام فى الثروة بمصر ، ومن ثم كان الائتمان العينى منصبا عليها . بل وفى هذا النطاق لم يكن هينا على نفس صاحب الأرض ، أن يجعلها ضمانا خاصا للوفاء بديونه . بيد أن التطور أملى عليه أن يرتضى هذا الوضع حتى أصبح مألوفا فى مختلف البيئات الزراعية ، وإن كان لا يزال عارا يلحق الشخص فى بعض هذه البيئات .

على أن التطور الهام الجدير بالتسجيل ، هو تزايد أهمية الثروة المنقولة ، واعتياد كثير من المصريين على الاقبال عليها . ولعل مما يعجل بهذا التطور ماقد يفضى اليه قانون الإصلاح الزراعى من انصراف البعض عن استثمار أموالهم فى شراء أراض زراعية ، وتوجيهها نحو الحصول على سندات تحقق فائدة مضمونة ، أو أسهم تدر ربحا مجزيا .

هذا التوجيه الجديد ، قد يضاعف أهمية الثروة المنقولة ويجعلها ، إلى جوار العقارات ، أداة فعالة للائتمان العينى . وبالتالى تبرز لنا المكانة التى تحتلها التأمينات العينية بين النظم القانونية للضمان الخاص بمصر .

٢١ - فائدة التأمينات العينية :

تهدف التأمينات بصفة عامة ، كما قدمنا ، إلى تجنيب الدائن مخاطر إعسار مدينه وخضوعا لمبدأ المساواة مع سائر الدائنين . فهى ترمى إلى إيثار الدائن بضمان خاص يجعله فى مأمن من هذا الإعسار ، وبعث الثقة لديه بتزويده بوسيلة قانونية ليس فى وسع غيره أن يشاركه فيها .

وقدتبين لنا أن قوام التأمينات الشخصية هوالسعي لأكثر من مدين للحصول على الحق . سعي شخصي يتمثل فى تعدد المسئولين عن الدين . وبعد فهمابلغت حكمة المشرع فى صياغة الاحكام التى تهيء للدائنين سعيا مضموناً ، ليس من العسير أن نتصور عجز المدين عن وجود شخص يقف إلى جواره يقبل حمل مسئولية الدين معه أو عنه . بل وإن وجده فان الدائن يظل معرضا لمفاجأة إعسار هذا الشخص يوم أن يسعى اليه يسأله الوفاء .

لهذا عمدت كافة التشريعات إلى تزويد الدائن بأدوات أخرى أضفت عليها من الأحكام ما جعلها قابلة لتحقيق هدف التأمينات على وجه أكمل . هذه هى الأدوات العينية ، وقوامها تخصيص أموال معينة مملوكة للمدين أو لغيره ، وتزويد الدائن بسلطات خاصة على هذه الأموال ، يفضل بها غيره من الدائنين.

فهو أولا يستطيع استيفاء حقه مقدماً على غيره من المقابل النقدى لهذه الأموال فيفلت بذلك من مبدأ المساواه متقدم الذكر . وهذا هو ما يعبر عنه بحق التقدم أو الافضلية droit de preference

هذه الافضلية فى الغالب من الأمر يتسع نطاقها فتنطلق آثارها حتى ولو انتقلت هذه الأموال من ذمة المدين إلى ذمة شخص آخر . وبعبارة أخرى الأدوات العينية فى أقوى مظاهرها تمنح الدائن ، إلى جانب الأفضلية فى استيفاء الحق من المقابل النقدى للاموال المخصصة ، القدرة على متابعة هذه الأموال فى أى يد كانت . وهو ما يعبر عنه بحق التتبع droit de Suite . وبعد فالتتبع ليس فى ذاته غاية ، بل سلطة يزود القانون الدائن بها ، فتخول له مباشرة الأفضلية على أوسع نطاق (١) .

ومما هو جدير بالذكر أن تخصيص مال معين لضمان الوفاء بحق أحد الدائنين لا يسلب حقوق الدائنين الآخرين على هذا المال . بل يظل عنصرا من عناصر الضمان العام . وبالتالى يجوز لكل دائن أن ينفذ عليه . ولكن الدائن المزود

(١) انظر فى نطاق حق التتبع ومدى توافره ، وتعارضه مع أحكام أخرى فى القانون المدنى دراستنا المقبلة لكل من نظم التأمينات العينية على انفراد .

بتأمين عينى على هذا المال يستوفى حقه مقدماً على غيره . وليس أمام الدائن العادى سوى أن يقنع بما يتبقى بعد ذلك .

٢٢ - الدائن المزود بتأمين عينى خاص يمتنع عليه بصفة مؤقتة التنفيذ على أموال المدين الأخرى :

ينص المشرع المصرى فى تقنين المرافعات فى المادة ٤٨٩ على ما يأتى «لا يجوز للدائن أن يتخذ إجراءات التنفيذ على مال للمدين لم يخصص لوفاء حقه إلا إذا كان ما خصص للوفاء غير كاف ؛ وعندئذ يكون التنفيذ على غير المال المخصص بأمر على عريضة من قاضى الأمور الوقتيه (١)

هذا الحكم الذى استحدثه تقنين المرافعات يتضمن خروجا على القاعدة العامة التى تقضى بحرية الدائن فى اختيار أى مال من أموال مدينه للتنفيذ عليه. ولعل الفكرة التى تسند هذا الحكم ، هى أن الدائن المزود بتأمين عينى خاص عليه أن يستنفد أولا قيمة هذا التأمين لاستيفاء حقه ، قبل أن يسعى إلى أموال المدين الأخرى يزاحم فيها الدائنين العاديين (٢)

---

(١) كان النص فى المادة ٥٠٦ من مشروع الحكومة يقصر هذا الحكم على الدائن المرتهن فقط فقضى بأنه « لا يجوز للدائن المرتهن أن يباشر التنفيذ على عقار المدين غير العقار المرهون له رهنا رسميا أو حيازيا إلا إذا لم يكن هذا العقار كافيا لوفاء بدينه » . ثم رأت لجنة قانون المرافعات بمجلس الشيوخ تعديل الصياغة المتقدمة على نحو يجعلها تشمل كافة التأمينات العينية الخاصة . فاستوحت النص الجديد من حكم كان واردا فى م ٢٥٥ من المشروع النهائى للقانون المدنى ، وكان نصه أنه « لا يجوز للدائن أن يتخذ اجراءات لبيع مال للمدين لم يخصص لوفاء حقه إلا إذا كان ما خصص للوفاء من أموال المدين غير كاف » . وقد رأت لجنة القانون المدنى فى مجلس الشيوخ حذف هذه المادة لأن محل حكمها قانون المرافعات .

وقد علقت لجنة قانون المرافعات بمجلس الشيوخ على المادة ٤٨٩ بأنه روعى فيها « مواجهة كل دائن خصص له مال لوفاء دينه ، سواء كان هذا المال المخصص منقولا أم عقارا ، فيكون الحظر جاريا بالنسبة للدائن المرتهن تأمينيا (أى رسمياً) أو حيازيا أو لمن يكون له حق الاختصاص أو حق الحبس أو غير ذلك من حقوق الامتياز » .

(٢) انظر بيدان وفواران جزء ١٣ ص ٤٤ فقرة ٣٧ .

ويلاحظ أن هذا النص بصياغته المطلقة يشمل كافة التأمينات العينية الخاصة سواء وردت على عقار أو منقول ، وسواء تقررت بالاتفاق كالرهن ، أو بأمر القاضى كالاختصاص ، أو بنص القانون كحقوق الامتياز (١) .

فإذا باشر الدائن التنفيذ على غير المال المخصص للوفاء بحقه ، جاز للمدين الاعتراض على هذا التنفيذ بكافة الوسائل التى رسمها القانون .

على أن هذا الحكم الجديد يطلق حرية الدائن فى السعى إلى أموال المدين الأخرى ، إذا كان المال المخصص للوفاء بحقه غير كاف . حينئذ له أن ينفذ على غير المال المخصص ، وذلك بأمر على عريضة يقدمها إلى قاضى الأمور الوقتية .

ولا يشترط لجواز التنفيذ على غير المال المحمل بالتأمين العينى أن يباشر الدائن فعلا إجراءات التنفيذ على المال المخصص للوفاء بحقه ، وأن يتضح عدم كفايته . بل يستطيع الدائن أن يلجأ من بادىء الأمر إلى قاضى الأمور الوقتية يسأله رفع هذا التحريم المقرر فى م ٤٨٩ مرافعات ، ويستأذنه فى التنفيذ على أموال المدين الأخرى . والقاضى يجيبه إلى طلبه إذا ما أثبت أن المال المخصص لن يكفى لاستيفاء حقه(٢) .

---

(١) غنى عن البيان أن هذا النص غير قابل للتطبيق بالنسبة إلى حقوق الامتياز العامة ، باعتبار أنها تنصب على جميع أموال المدين ، وهى بطبيعتها ، تخول للدائن المزود بها أن يتخير أى مال مملوك لمدينه للتنفيذ عليه . على أن المشكلة تثور بشأن الحق فى الحبس . ذلك أنه جاء فى تقرير لجنة قانون المرافعات ذكر الدائن المزود بحق الحبس بين الدائنين الذين ينطبق عليهم حكم هذه المادة . هذا الرأى محل نظر لأن الدائن الحابس لا يتمتع بحق امتياز على الشىء المحبوس (٢٤٧ مدنى فقرة أولى) وبالتالى يحق له أن ينفذ على أى مال آخر مملوك للمدين لاستيفاء حقه بغض النظر عن مدى كفاية المال المحبوس لاستيفاء هذا الحق . هذا القول يتفق مع الحكمة من نص م ٤٨٩ التى تجنب الدائنين العاديين مزاحمة دائن مزود بتأمين عينى خاص ، يستوفى منه حقه بطريق الأفضلية .

(٢) وفى هذا المعنى تقرر لجنة قانون المرافعات بمجلس الشيوخ أنه « من المسلم به أنه فى حالة ما يبدأ الدائن بالتنفيذ على المال المخصص له ويتبين له بعد انتهاء التنفيذ أن حصيلته لا تكفى لوفاء دينه ، يكون له أن ينفذ على أموال أخرى للمدين دون حاجة لاستصدار أمر من قاضى الأمور الوقتية بذلك . إذ أن تدخل القاضى لن يكون إلا قبل التنفيذ على المال المخصص بحجة =

استهدف هذا الحكم لنقد شراح قانون المرافعات فى مصر (١) ، بحجة أنه يفتقر إلى حكمة واضحة تسنده . ونعتقد أن المشرع راعى فى تقريره مصلحة الدائنين العاديين . فقدر أن الدائن المزود بتأمين عينى خاص فى غير حاجة إلى مزاحمتهم مادام أن المال المخصص ضمانا للوفاء بحقه يكفى لارضائه (٢).

٢٣ - التأمينات العينية لا تتقرر إلا بالطريقة التى يبينها القانون :

ليس من العسير أن نبرر هذا الحكم . ذلك أن سنده التشريعى واضح . فقد نصت المادة ٢٣٤ من التقنين المدنى فى فقرتها الثانية : كما نعلم . على أن جميع الدائنين متساوون فى الضمان العام إلا من كان له منهم حق التقدم طبقاً للقانون. هذا التقدم تكفله التأمينات العينية بمختلف أدواتها . فالدائن المزود بتأمين عينى خاص يكتسب حقا عينيا تبعيا على المال المخصص للوفاء بدينه . هذا الحق يكفل لصاحبه كما قدمنا (٣) الأفضلية فى استيفاء حقه من المقابل النقدى للمال الذى اكتسب عليه حقا عينيا تبعيا. وهو فى الغالب من الأمر يخول له تتبع هذا المال فى أى يد كان.

٢٤ -

= أنه لن يكفى لوفاء الدين لهبوط الأسعار مثلا . وقد يكون للدائن مصلحة فى أن يبدأ بالتنفيذ على مال غير المخصص له وتكون حجته واضحة كأن يكون دائنا مرتهنا متأخرا فى الترتيب فلا يحتمل أن يناله نصيب من ثمن العقار المخصص لوفاء دينه » .

(١) انظر محمد حامد فهمى المرجع السابق ص ١٨٤ .

(٢) جاء فى مذكرة المشروع التمهيدى للقانون المدنى تعليقاً على نص المادة ٣٢٨ التى أصبحت المادة ٢٥٥ فى المشروع النهائى ثم ألغيت ما يأتى « قد تكون الأموال التى تضمن الوفاء بالدين مرهونة رهن حيازة وقد تكون عقارات مرتب عليها رهن رسمى ، أو مثقلة بحق اختصاص أو امتياز . والمفروض بوجه خاص فى أحوال رهن الحيازة ، والرهن الرسمى ، أن الأموال المرهونة تكفى للوفاء بحق الدائن ، ثم ان الأموال المثقلة ترصد قبل كل شىء على الوفاء بالديون التى تخصص لضمانها . ولهذا يتعين على الدائن أن يبدأ بالتنفيذ على تلك الأموال ، وبذلك يتحامى مزاحمة الدائنين مزاحمة غير مشروعة فيما عداها من الأموال غير المثقلة « انظر الجزء الثانى من مجموعة الأعمال التحضيرية للقانون المدنى ص ٦٤١ فى تاريخ نص م ٣٢٨ من المشروع التمهيدى .

(٣) راجع ما تقدم فقرة ٢١ » .

وقد راعى المشرع أن ذلك الخروج الظاهر عن قاعدة المساواة بين الدائنين لا ينبغي أن يسمح به إلا في الحدود التي أجازها القانون . و بين القانون فى هذا الشأن الطرق التي يكتسب بها الدائن تأمينا عينيا خاصا ، وبالتالى يتقرر له حقا عينياً تبعيا . ويتحقق ذلك إما بالتعاقد فى الرهن بنوعيه الرسمى والحيازى (أو بأمر القاضى بالنسبة إلى حق الاختصاص ، أو بنص القانون فى حقوق الامتياز .)

ويترتب على ما تقدم أنه لا يجوز للأفراد أن ينشئوا تأمينات عينية خاصة إلا بالطريقة التي بينها القانون . وبعبارة أخرى يمتنع عليهم تقرير حقوق عينية تبعية غير تلك التي نص عليها القانون . ويعبر عن ذلك بأنه تطبيق لمبدأ أن الحقوق العينية قد وردت على سبيل الحصر .

ويتجه الفقه إلى تبرير هذا المبدأ على أساس أن الحق العينى يخول لصاحبه الأفضلية والتتبع ، على نحو يمس مصالح الغير . ومن ثم فلا يجوز للأفراد أن ينفردوا بتقرير حقوق تنطلق فى سريانها فتمس الكافة غير تلك التي يجيزها القانون .

والقول الصحيح أن الحقوق العينية التبعية تهدر قاعدة أساسية من قواعد القانون المدنى (١) ، وهى المساواة بين الدائنين . ومن ثم احتكر المشرع طريقة تقريرها . بل إنه فى الأحوال التي أجاز انشاءها بارادة الدائن والمدين وذلك فى عقد الرهن ، وضع أحكاما وقيودا آمرة تتعلق بالنظام العام . ذلك أن النظم القانونية للتأمينات وثيقة الصلة بالائتمان ، وهى على هذا النحو تمس الصالح العام (٢)

---

(١) راجع رينيه ديكرز الوجيز فى القانون المدنى البلجيكى ١٩٥٥ الجزء الثانى ص ٧٨٠ .

(٢) أنظر فى مدى ورود الحقوق العينية على سبيل الحصر — اسماعيل غانم محاضرات فى النظرية العامة للحق ١٩٥٥ ص ٤٥ — حسن كيره المرجع السابق ص ٤٨ .

٢٤ - التأمينات العينية والحقوق العينية التبعية :

استقر الفقه منذ زمن طويل على تقسيم رئيسى للحقوق العينية بصفة عامة ، يتضمن الحقوق العينية الأصلية أو من الدرجة الأولى ، والحقوق العينية التبعية أو من الدرجة الثانية . وتسمى أيضاً بالحقوق العينية للضمان .

استجاب المشرع المصرى إلى هذه التفرقة التقليدية ، فاستلهم منها المنهج الذى ارتضاه للتقنين المدنى . وعلى هذا النحو جاء القسم الثانى منه مخصصاً للحقوق العينية بصفة عامة . ثم أفرد فى نطاق هذا القسم كتابا للحقوق العينية الأصلية ، وأورد كتابا أخيراً هو خاتمة التقنين اتخذ له عنوانا الحقوق العينية التبعية أو التأمينات العينية ، وذلك فى المواد ١٠٣٠ إلى ١١٤٩ .

ولو سلكنا فى بحثنا مذهب التمسك بحرفيه الألفاظ ، والتقيد بكل مايرد فى نصوص التقنين من تعريفات ، لتحتم علينا القول بأن التأمينات فى مجموعها أيا ماكانت صورتها تزود صاحبها بحق عينى تبعى . ذلك أن العنوان الذى اتخذه المشرع لهذا الكتاب ينطلق فى عمومه فيشمل كافة التأمينات العينية التى عالجها التقنين . ونعنى بها الرهن الرسمى ، والرهن الحيازى ، وحق الاختصاص ، وحقوق الامتياز بصفة عامة (١) .

على أن الفقه ، اذ يترسم أحكام القانون فلا يهدر ماجاء فيه من قواعد آمرة ، تتوافر له الحرية فى تكييف النظم القانونية . ويجوز له أن يقر من التعريفات مايراه صحيحاً وينكر منها ما يقدر مجانبته للصواب . كل هذا تنطلق فيه حرية الفقه ، بشرط ألا يخالف فى محاولاته الأحكام والحلول التى يقرها التشريع .

على ضوء هذه الملاحظة الأساسية نستطيع أن نعالج هذه المشكلة الدقيقة .

---

(١) لعله كان من الأوفق أن يكتفى المشرع بجعل عنوان الكتاب الرابع « التأمينات العينية » ، وارجاء تقرير الحق العينى التبعى فى الباب المخصص لكل تأمين على انفراد ، لأن هناك بعض صور من التأمينات العينية كما سيظهر لنا ، لا تتقرر بمقتضاها حقوق عينية تبعية.

فنتساءل إلى أى مدى يصدق القول بأن الدائن المزود بتأمين عينى يكتسب حقاً عينياً تبعياً ؟

الوصول إلى حل فى هذا الشأن يقتضى تحديد معيار الحقوق العينية بصفة عامة ثم بيان مدى انطباقه على ما يسمى بالحقوق العينية التبعية . حينئذ يتيسر تحليل الفقه الذى اتجه إلى إنكار فكرة الحقوق العينية التبعية وبيان مدى نصيبه من الصحة .

٢٥ - تحديد معيار الحقوق العينية بصفة عامة :

يحدد الفقه عادة هذا المعيار بصدد بيان التفرقة بين الحقوق العينية والحقوق الشخصية أو حقوق الدائنية (١) . وليس فى نيتنا أن نقوم بدراسة شاملة فى هذا الشأن ، فهى تتجاوز نطاق بحثنا . بل الذى يعنينا فقط هو تحديد المعيار الذى نرى الأخذ به بالنسبة إلى الحق العينى .

انتصر الفقه الحديث فى مجموعه للابقاء على التفرقة التقليدية بين الحق العينى والحق الشخصى أو حق الدائنية . وقوام هذه التفرقة هو النظر إلى محل الحق . فالحق العينى ينصب على شيء معين بالذات . والحق الشخصى يرد على عمل المدين (٢) . ومن هنا يختلف السبيل إلى إدراك الثمرة من كل حق .

---

(١) راجع فى هذا الشأن جان ديروبى رسالة من تولوز ١٩٥٢ الطبيعة القانونية لحق المستأجر والتفرقة بين الحقوق العينية والشخصية . مينيه الطبيعة القانونية للحقوق العينية والشخصية رسالة من باريس ١٩١٢ . رينجو الحق العينى تاريخه ونظرياته رسالة من تولوز ١٩١٢ .
وأنظر بصفة خاصة دابان Le droit Subiectif ، كتاب نشره داللوز ١٩٥٢ .

راجع فى الفقه المصرى الوسيط للسنهورى الجزء الأول — أنور سلطان مصادر الالتزام — اسماعيل غانم محاضرات فى أحكام الالتزام ودروس فى الحقوق العينية الاصلية الاسكندرية ١٩٥٣— ١٩٥٤ (على الآلة الكاتبة) — حسن كيره الحقوق العينية الأصلية الاسكندرية سنة ١٩٥٨ .

(٢) ذهب البعض بشأن هذه التفرقة إلى ربطها بالاعتبارات الاقتصادية التى تحيط بالاستفادة من كل حق . وعلى هذا النحو قيل أن الحق العينى هو تملك ثروة معينة ، بينما الحق الشخصى يتمثل فى الاستفادة من خدمات . وهى تفرقة يشوبها الغموض وينقصها التحديد . ولذلك لا تصلح معيارا =

فى الحق العينى يستطيع صاحبه أن يجنى ثمرته من الشىء مباشرة . فينتزع منه المزايا والمنافع فى حدود مضمون حقه . وعلة ذلك أن الحق يرد على الشىء فيخول عليه التسلط المباشر .

أما فى الحق الشخصى فلا يتيسر للدائن أن يدرك غايته إلابواسطة المدين. ذلك أن الحق هنا ينصب على أداء معين التزم به المدين . ولذلك تقتصر سلطة الدائن على المطالبة بهذا الأداء ، واقتضائه جبراً على المدين إن ازم الأمر .

وخلاصة القول أن الحق يكون عينياً إذا ورد على شىء معين بالذات ، وشخصياً إذا أنصب على أداء معين على عاتق المدين (١) . وهكذا يتضح أن العبرة فى هذه التفرقة بمحل الحق (٢) .

هذا المعيار المتقدم لا يثير الخلاف بشأن الحقوق العينية الأصلية . فالإجماع ينعقد على أن حق الملكية ، وما يسمى بالحقوق المتفرعة عنها وهى حق الانتفاع

= محددا يستجيب إلى التطبيق العملى . أنظر بونكاز ملحق لمطول بودرى لاكنتنيرى فى القانون المدنى جزء ٥ ص ٥١ .

(١) يتجه جانب من الفقه إلى القول بأن الحق الشخصى يمثل رابطة اقتضاء تخول لشخص الزام آخر باداء معين ، وأن الحق العينى يزود صاحبه برابطة تسلط تخول للشخص سلطة على شىء معين . أنظر بشأن هذه التفرقة حسن كيره « نظرية التعسف فى استعمال الحق فى القانون المصرى والفرنسى » رسالة إلى كلية حقوق باريس ١٩٥٢ . ص ٩٧ وما بعدها .

وراجع فى تفصيل فكرتى التسلط والاقتضاء دبان(le droit subjectif).وقد استهدينا باتجاه هذا الفقيه فى تعريفنا الحق بصفة عامة . أنظر شمس الدين الوكيل محاضرات فى النظرية العامة للحق ١٩٥٤ .

(٢) ظهرت محاولات فقهية على ضوء هذه التفرقة للتوسيع من نطاق الحقوق العينية على نحو يغفل فى بعض الأحيان أحكاما أساسية فى القانون المدنى . أنظر رسالة ديروفى السابق الاشارة اليها ص ٢٧٠ وما بعدها . وفيها يرى أن الحق العينى هو الذى يخول السلطة فى انتزاع المزايا من شىء مادى ، والحق الشخصى هو الذى يمنح لشخص سلطة فى مواجهة آخر تجيز له أن يقتضى منه خدمات . ويصل المؤلف على ضوء هذه التفرقة إلى أن حقوق الامتياز العامة ، وحق الضمان العام إذا وردت على أشياء مادية تعتبر من قبيل الحقوق العينية ، راجع الفقرات ٣٣٩ — ٣٥٣ .

وحقوق الارتفاق هى حقوق عينية ، بل وصفت بأنها أصلية من الدرجة الأولى du premier degré لإبراز مكانتها .

وعلى النقيض من ذلك يثار الشك حول الحقوق العينية التبعيةفيحاول البعض إنكار وجودها . على أن المعيار المتقدم الذكر يتسع للحقوق العينية الأصلية والتبعية على السواء .

٣٦ - تطبيق المعيار المتقدم على الحقوق العينية التبعية :

تتميز الحقوق العينية الأصلية بأن مضمونها يخول لصاحبها سلطات متفاوتة تتحدد بالتصرف والاستغلال والاستعمال . هذه السلطات تجتمع كلها فى حق الملكية ، ويتخلف البعض منها فيما يسمى بالحقوق المتفرعة عن الملكية كالانتفاع والارتفاق . وأيا كان أمر هذه السلطات فالجوهرى فيها أنها تصيب الشيء فى نطاق كيانه المادى . فمباشرة المالك لسلطاته تخول له الاستفادة المادية المباشرة من الشيء الذى يرد عليه حق الملكية (١) .

أما الحقوق العينية التبعية فتجاوز هذا الكيان المادى وتنفذ إلى الكيان الاقتصادى للشيء . ومن ثم ترد سلطة صاحب الحق العينى التبعى على القيمة الاقتصادية للشيء ، فيتسلط عليها فى نطاق الالتزام المضمون . فالدائن المزود بحق عينى تبعى على عقار من عقارات مدينه لضمان الوفاء بالالتزام ، لا يرتبط حقه بالكيان المادى لهذا العقار . فليس له أن ينتزع منه منفعة مباشرة . ولكن يرتبط حقه بالقيمة الاقتصادية التى يمثلها هذا العقار . وهو على هذا النحو يتربص لها حتى يحين وقت استيفاء دينه . حينئذ له أن يتسلط عليها وينفرد بها فى حدود الدين المضمون .

مما تقدم يستبين لنا أن الحق العينى التبعى يرد على شيء أو أشياء معينة فى نطاق قيمتها الاقتصادية . هذه القيمة تعتبر عنصراً هاماً فى الشيء ، فهى التى

---

(١) أنظر بونكاز الملحق المطول بودرى جزء ٥ ص ١٨٤ ، ٢٠٦ حيث يقرر أن الحقوق العينية الأصلية ترد على الوحدات العضوية للشيء محل الحق .

تترجم عن المقابل النقدى له إذا ما أراد مالك الشيء أن يتصرف فيه . ومن هنا يمكن أن نقرر بأن تقرير الحق العينى على مال من أموال المدين يقيد حق ملكيته عليه . فلم يعد المدين حراً كما كان من قبل يتصرف فيه كيفما يشاء .

فالك العقار المرهون رهناً رسمياً ، وإن كانت له السيطرة على المنافع التى يغلها هذا العقار ، إلا إن قيمته الاقتصادية قد تعلق بها حق الدائن المرتهن . ومن هنا أجيز لهذا الدائن أن يستوفى دينه من المقابل النقدى للعقار فى أى يد كان. ذلك أن المالك حينما تصرف ، نقل إلى المشترى ملكية قاصرة ، حيث أن العقار ارتبطت قيمته الاقتصادية بحق الدائن المرتهن (١) .

ويترتب على تعلق حق الدائن بالقيمة الاقتصادية للمال المحمل بالتأمين العينى أنه يتسلط عليها . وبذلك يستطيع إقصاء من يزاحمه بشأنها. ويتمثل ذلك فى حق الأفضلية الذى سبق لنا بيانه . وإذا ماتزاحم عدة دائنين ، يتمتع كل منهم بتأمين عينى ، فهنا وضع القانون أحكاما تحسم النزاع بينهم على النحو الذى سنفصله فى دراستنا لنظم التأمينات العينية .

وهذا التسلط الوارد على القيمة الاقتصادية للمال المحمل بالتأمين يظل قائماحتى ولو تصرف المدين فى هذا المال إلى شخص آخر . ذلك أن حق الدائن تعلق بالكيان الاقتصادى ومن ثم فهو يصاحبه أينما ذهب . على أن هذا القول إن صدق بالنسبة للتأمينات العينية الخاصة الواردة على العقار ، فهو يصطدم بشأن

---

(١) أنظر كانكارليه La nction de gage en droit privé رسالة إلى كلية حقوق بوردو ١٩٣٧ ص ٤١٨ – وفيه يرى المؤلف أن تقرير الحق العينى التبعى ينتقص من سلطات المالك ويضعف حقه . ذلك أنه لم يعد حراً بالنسبة للقيمة الاقتصادية للمال المملوك له ، ويشبه حالة الدائن المرتهن الذى ينفذ على العقار تحت يد المتصرف اليه ، بحالة المنتفع الذى يباشر حقه أيضاً فى مواجهة من تلقى ملكية الرقبة . فالمالك فى الحالة الأولى نقل إلى المشترى ملكية مقيدة فى قيمتها الاقتصادية بحق الدائن المرتهن . وفى الحالة الثانية نقل ملكية الرقبة فقط إذ أنه تجرد من حق الإنتفاع لصالح شخص آخر . وعلى هذا النحو يقرر إن الدائن المرتهن هنا يتتبع القيمة الاقتصادية ، والمنتفع يتتبع العقار فى كيانه المادى ليباشر عليه حق الانتفاع . أنظر أيضاً ديروبيه الرسالة السابق الاشارة إليها ص ٢٨٠ فقرة ١٨٣ .

التأمينات الواردة على المنقولات بحقوق الغير حسن النية ، واعتصامه بقاعدة الحيازة فى المنقول سند الحائز . وسيتكشف لنا الدور الذى تلعبه هذه القاعدة فى إهدار حق التتبع فى دراستنا للرهن الحيازى وحقوق الامتياز .

هذه السلطات التى تتمثل فى الأفضلية والتتبع يظهر أثرها بصورة واضحة بصدد الحقوق العينية التبعية ولكن ذلك لايعنى أنها قاصرة عليها كما قال بعض الفقهاء (١) . بل إن الافضلية وثيقة الصلة بطبيعة الحق العينى فهى تلازمه أيا ما كان نوعه . ذلك أن الحق العينى إذ يرد على الشىء فهو يقتضى حتما ، فى حدود السلطات التى يخولها ، إقصاء أى مزاحم يعوق مباشرتها . ويجيز لصاحبه أن يباشر حقه على الشىء فى مواجهة من يوجد هذا الشىء تحت يده (٢) .

هكذا يظهر لنا أن الحق العينى التبعى يصدق عليه المعيار الذى قدمناه (٣). إذ هو يرد على شىء أو أشياء معينة فى نطاق كيانها الاقتصادى . ومن ثم يتعلق حق الدائن بالمقابل النقدى لهذا الشىء فى حدود قيمة دينه .

والعبرة فى المعيار المتقدم كما مضت الاشارة هى بمحل الحق . فنكون بصدد حق عينى تبعى إذا كان الالتزام مضمونا بشىء مادى أو أشياء معينة بالذات . وعلى ضوء هذا التحديد سنحدد موقفنا من كل تأمين عينى فى موضع

---

(١) أنظر فى هذا المعنى بونكاز ملحق لمطول بودرى جزء ٥ ص ٢٠٧ فقرة ١٠٥ وما بعدها شفيق شحاته النظرية العامة للحق العينى ١٩٥١ . قارن فى نقد هذا الرأى ديروبيه المرجع السابق الإشارة اليه ص ٢٠٣ - اسماعيل غانم الحقوق العينية الاصلية ص ٣ فقرة ٣ - حسن كيره المرجع السابق ص ٤٧ - محمد على عرفه شرح القانون المدنى الجديد فى حق الملكية الطبعة الثالثة ص ٨ وما بعدها .

(٢) لصاحب حق الانتفاع أن يباشر سلطاته فى مواجهة من تلقى ملكية الرقبه وهذا يمثل سلطته فى أن يتتبع العقار . كما أن له أيضاً أن يتجاهل حق انتفاع قرره مالك الرقبة لشخص آخر فى تاريخ لاحق ، ذلك أن المنتفع يتمتع بالأفضلية التى تخول له إقصاء من يزاحمه .

(٣) راجع فيما تقدم فقرة ٢٥ .

دراسته . ذلك أن من بين التأمينات التي وردت فى الكتاب الرابع من التقنين المدنى مالا يتقرر بمقتضاها حق عينى تبعى .

من ذلك مثلا أن المشرع أجاز رهن الديون . أي أن يكون حق الدائن المرتهن مضمونا بدين مستحق للمدين فى مواجهة شخص آخر . هنا لا يمكننا التسليم بوجود حق عينى . لأن الحق العينى فى تقديرنا لا يرد إلا على شيء مادى معين بالذات (١) . وبالتالى لا يستقيم القول بأن الحق العينى يكون محله حقا من حقوق الشخصية (٢) . بل كل ما فى الأمر أن الدائن المرتهن يستوفى حقه من الدين المرهون مفضلا على غيره من الدائنين . وبالتالى يتمثل رهن الدين فى أداة قانونية تهدف إلى الإفلات من قاعدة المساواة بين الدائنين .

كذلك أيضاً نرى أن حقوق الامتياز العامة لا تخول لصاحبها حقا عينيا . لأن الحق العينى يقتضى وجود محل معين بالذات . وسيتبين لنا من دراستنا المفصلة لهذه الحقوق أنها لا تعلق حق الدائن بمال معين . بل يظهر أثرها فقط عند التنفيذ على أموال المدين . فإذا كان بين الدائنين دائن يتمتع بحق امتياز عام استوفى دينه مفضلا على غيره . فالامتياز العام على هذا النحو يخول للدائن الإفلات من قاعدة المساواة بين الدائنين عند التنفيذ . ولكن لا يربط حق الدائن بمال معين . بل تبقى مسئولية المدين فى مواجهة الدائن شخصية غير محددة (٣) .

---

(١) راجع عكس هذا الرأى ريجو الحق العينى تاريخه ونظرياته رسالة من تولوز سنة ١٩١٢

(٢) فى هذا المعنى حسن كيره المرجع السابق فقرة ٢٠ – أنظر فى تأصيل رهن الديون الموضع المخصص لدراستها فى الرهن الحيازى .

(٣) يتجه جانب من الفقه إلى أن حقوق الامتياز العامة يتقرر بمقتضاها حق عينى تبعى . أنظر فى هذا المعنى بودان وفواران جزء ١٣ص ٣٠٠ فقرة ٢٩٢. بوبلانسكى طبيعة الامتياز فى القانون الرومانى والقانون المدنى الفرنسى رسالة من بوردو ص ٢٩٨ وما بعدها . ديروبى الرسالة السابق الاشارة اليها فقرة ٣٥٣ وما بعدها . عكس هذا الاتجاه بونكاز ملحق لمطول بودرى جزء ٥ فقرة ٧٣ ص ١٢٣ .

على أن استبعاد هذه الصور لا يعني سوى تأكيدنا للحقوق العينية التبعية ، على ضوء المعيار الذى ينظر إلى محل الحق بوصفه من الأشياء المادية المعينة بالذات .

لذلك لا نرى التسليم بقصر الحقوق العينية على الأصلى منها ، كما اتجه إلى ذلك جانب من الفقه :

٢٧ - الفقه المنكر للحقوق العينية التبعية :

اتجه جانب من الفقه إلى إنكار وجود الحقوق العينية التبعية (١) .فينحصر نطاق الحقوق العينية فى الأصلية منها فقط .

ونقطة البداية الجوهرية لدى هذا الفقه هى النظر إلى مضمون الحق العينى . فهو يسلم مبدئياً بأن هذا الحق لا يرد إلا على الشيء المادى . ولكنه يحصر مضمونه فى حدود السلطات التى يخولها حق الملكية وهى الاستعمال والاستغلال والتصرف . وبذلك يتحدد الحق العينى بأنه ذلك الحق الذى يخول لصاحبه سلطة مباشرة فى الاستفادة من الشيء (٢) . هذا التعريف يصدق على إطلاقه بالنسبة إلى حق الملكية ، لأنها تتضمن جميع السلطات المتقدمة . وينصرف أيضاً إلى الحقوق العينية الأصلية المتفرعة عن الملكية . أما ما يسمى بالحقوق العينية التبعية فلا يصدق عليها هذا التعريف . وبعد ، فهذه الحقوق ليست عينية ، بل إن السلطات التى يزود بها الدائن وهى الأفضلية والتتبع (٣) ليست من

(١) دعا إلى هذا الاتجاه مكسيم شوفو فى مقاله عن التقسيم الجديد للحقوق العينية والشخصية نشر فى فرنسا بالمجلة الانتقادية للتشريع والقضاء سنة ١٩٣١ ص ٥٣٩ . يؤيده فى الفقه المصرى شفيق شحاته فى كتابه عن النظرية العامة للتأمين العينى ص ١١ وما بعدها . أنظر نقد هذا التأييد عبد الفتاح عبد الباقى التأمينات الشخصية والعينية ص ٢٧٤ هامش ١ وما بعده جمال الدين زكى دروس فى التأمينات الشخصية والعينية القاهرة سنة ١٩٥٧ ص ٢١ فقرة ٨ .

(٢) مقال شوفو السابق الإشارة اليه فقرة ٢١ ص ٥٦٥ .

(٣) المقال السابق فقرة ٤٥ ص ٦٠١ . ويتجه الأستاذ شوفو إلى أن الأفضلية والتتبع ليست من ميزات الحقوق العينية الأصلية راجع فقرة ٨ .

خصائص الحق العينى . وعلى هذا النحو فتوافرها فى التأمينات العينية لا يعنى تقرير حق عينى تبعى لصالح الدائن . وإنما يتضمن التأمين العينى معاملة خاصة للدائن تكفل له مركزاً يمتاز به على سائر الدائنين .

هكذا يتجرد التأمين العينى من الحق العينى التبعى الذى يقره الفقه فى مجموعه ويصبح مجرد وصف للالتزام (١) ، يكفل للدائن معاملة خاصة يفضل بها سائر الدائنين .

وأول ما يؤخذ على هذا النظر هو التحديد التحكمى لمضمون الحق العينى ، وقصره فقط على الاستفادة المباشرة من الشىء محل الحق .
جاء هذا التحديد نتيجة حتمية للمنهج الذى ارتضاه هذا الفقه لتحديد معيار الحقوق العينية . فقد سجل اتجاهاته من خلال حق الملكية . ومن هنا بدا له أن الحق العينى لا يمكن أن يتجاوز مضمونه الاستغلال أو الاستعمال أو التصرف . ولا يتصور بشأنه إلا استفادة مباشرة تنتزع من الشىء . هذه النتيجة مبعثها انحراف فى بداية البحث باتخاذ الملكية كأساس لكل ما يتفرع من حقوق عينية .

وقد بينا من قبل (٢) أن محل الحق العينى هو الشىء منظور إليه فى عناصره الاقتصادية . وحق الدائن يتعلق بهذا الكيان الاقتصادى على نحو يهىء له اقصاء من يزاحمه ، ويخول له أن يستوفى دينه منه حتى ولو كان هذا الشىء تحت يد غير يد المدين ، إلا إذا اصطدم بقاعدة الحيازة فى المنقول سند الحائز . ومن ثم يظهر أن تقرير الحق العينى التبعى يقيد حق المدين فى ملكية الشىء المحمل به . لأن القيمة الاقتصادية لهذا الشىء تعلق بها حق الدائن (٣) .

---

(١) المقال السابق فقرة ٤٨ – شفيق شحاته النظرية العامة للتأمين العينى فقرة ١٤

(٢) راجع الفقرة ٢٦ فى تطبيق معيار الحقوق العينية على الحقوق العينية التبعية .

(٣) يذهب البعض إلى أن الحقوق العينية التبعية هى الأخرى متفرعة عن حق الملكية ، لأن مالك الشىء إذا رهنه مثلا لم يبق له إلا الكيان المادى للشىء ، وإذا تصرف فيه فهو ينقل ملكيته وقد انتقص منها قيمتها الاقتصادية فى حدود قيمة حق الدائن المرتهن . أنظر ديروبيه الرسالة السابق الإشارة اليها ص ٢٠٨ فقرة ١٨٣ .

وبعد ، فماذا يضيف هذا الوصف الذى يراه الفقه المنكر للحقوق العينية التبعية (١) . أليس من الأوفق أن نبقى على طائفة عريقة من الحقوق قامت بدور هام فى تأصيل أحكام التأمينات العينية (٢) . فالحق العينى التبعى هو الأداة المحكمة التى يستعان بها على إدراك هدف التأمينات .

هكذا نتخذ موقفاً من هذا الجدل الذى احتدم فى الفقه حول وجود الحقوق العينية التبعية . ونرى ايضاحاً لما تقدم من أحكام أن نجمل الرأى الذى ننتصر له فى صياغة مقترحة للحقوق العينية التبعية .

٢٨ - الصياغة المقترحة للحقوق العينية التبعية :

على ضوء ما تقدم نستطيع أن نحدد معيار الحقوق العينية التبعية على أساس محلها .

محل الحق العينى هو شىء أو أشياء مادية معينة بالذات . على أن حق الدائن يتعلق بالكيان الاقتصادى للشىء ولا يرتبط بكيانه المادى . ومن هنا

(١) يقرر الدكتور شفيق شحاته تأييداً لهذا الاتجاه أنه يغنى عن الاستعانة بفكرة الحلول العينى فى تبرير انتقال حق الدائن المرتهن إلى التعويض أو مبلغ التأمين فى حالة هلاك العقار المرهون (م ١٠٤٩) . ذلك أن التأمين إذا ما اعتبر وصفا لاحقا بالدين ، فهو يخول صاحبه التقدم فى حدود قيمة العين المخصصة للوفاء فقرة ١٦ . ونحن نؤيد فكرة الاستغناء عن الحلول العينى هنا ، ولكننا نميل إلى تأصيلها بالابقاء على فكرة الحق العينى التبعى وتحديد مضمونه على أساس أن حق الدائن يرد على القيمة الاقتصادية للشىء ، وبالتالى فله أن ينفذ على أى مقابل نقدى يستحق عن هذا الشىء ، وذلك دون حاجة إلى الاستعانة بفكرة الحلول العينى ، راجع تفصيل ذلك فى دراستنا للرهن الرسمى وبشأنها سنفسر أهمية الحق العينى التبعى فى تفسير كثير من أحكام الرهن .

(٢) اضطر هذا الفقه لتبرير حق الدائن فى تتبع المال المحمل بالتأمين أن يقارب بينه وبين حق الدائن العادى فى استخدام الدعوى البوليصية لتقرير عدم نفاذ تصرف المدين . وواضح ما فى هذه المقاربة من اصطناع . فالدعوى البوليصية لا يباشرها الدائن العادى إلا بتوافر شروط قاسية أخصها إعسار المدين وغشه وعلم المتصرف اليه بهذا الغش . أما هنا فالتتبع نتيجة طبيعية لتعلق حق الدائن بشىء معين بالذات ، فالمدين إذ تصرف فيه نقل ملكيته مثقلة بالحق العينى المقرر للدائن . أنظر شفيق شحاته المرجع السابق فقرة ١٧ .

يتحدد مضمون هذا الحق.فهو يرد على المقابل النقدى للشيء فيخول للدائن أن يستوفى منه حقه مفضلا على غيره من الدائنين .

على هذا النحو يمكن القول بأن الحق العينى التبعى هو تسلط الدائن على القيمة الاقتصادية لشيء أو أشياء مادية معينة بالذات يخول له استيفاء حقه من مقابلها النقدى مفضلا على غيره من الدائنين ، ومباشرة هذه الأفضلية تحت يد الغير إلا إذا اصطدم التتبع بقاعدة الحيازة فى المنقول سند الحائز .

نكتفى بهذه الصياغة الموجزة ، ونرجىء بيان ما يترتب عليها من تأصيل كثير من أحكام التأمينات العينية إلى دراسة كل تأمين منها على انفراد .

٢٩ - خطة البحث :

آثرنا فى عرض النظم القانونية للتأمينات العينية أن نخضع لترتيب التقنين المدنى فى كتابه الرابع ، ولذا نقسم دراستنا إلى أربعة أبواب .

الباب الأول فى الرهن الرسمى .

الباب الثانى فى حق الاختصاص .

الباب الثالث فى الرهن الحيازى .

الباب الرابع فى حقوق الامتياز .

الباب الأول

الرهن الرسمي

٣٠ - تعريف الرهن الرسمي :

يعرف التقنين المدني الرهن الرسمي في المادة ١٠٣٠ بأنه « عقد به يكسب الدائن على عقار مخصص لوفاء دينه حقا عينيا ، يكون له بمقتضاه أن يتقدم على الدائنين العاديين والدائنين التاليين له في المرتبة في استيفاء حقه من ثمن ذلك العقار في أي يد يكون » .

وقد جرى الفقه في تعريفه للرهن الرسمي على النظر اليه تارة على أنه عقد كما فعل المشرع (١) ، وتارة أخرى على أنه حق عيني تبعي يرتب افضلية وتتبعا (٢) . ولكلا النظرين جانب من الصحة . على أننا نميل إلى تأسيس التعريف على فكرة النظام القانوني.

فالرهن الرسمي نظام قانوني يهدف إلى تحصين الدائن ضد مخاطر عدم تنفيذ الالتزام وخضوعه لقاعدة المساواة بين الدائنين ، وذلك بتزويده بحق عيني تبعي على عقار ، بواسطة تعاقد يتم بينه وبين الراهن . ويستطيع بمقتضى هذا الحق استيفاء دينه من المقابل النقدي للعقار المرهون في أي يد يكون .

ويقوم الرهن الرسمي بدور فعال في تدعيم الائتمان . فهو نظام قانوني يبعث الثقة في نفس الدائن . وعاء الائتمان هنا هو العقار ، وهو بحكم طبيعته ليس

---

(١) جاء في المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدي أنه « يطلق الرهن على العقد الرسمي وعلى الحق العيني الذي ينشئه هذا العقد . فالرهن عقد يتم بين الراهن والدائن المرتهن» الجزء السابع من مجموعة الأعمال التحضيرية ص ١٠ .

(٢) راجع عبد الفتاح عبد الباقي التأمينات الشخصية والعينية ص٢٨٣ .

من اليسير أن يتصور هلاكه . على أن العقارات المبنية من المتصور تلفها أو هلاكها . ولكن التشريعات الحديثة حدت من هذا الخطر بمنح الدائن أفضلية على المقابل النقدى للهلاك أو التلف سواء كان ذلك هو عوض التأمين أو التعويض الذى دفعه المسئول عن الهلاك أو التلف . بل وإن الصياغة التى تخيرناها للحقوق العينية التبعية بوصفها ترد على القيمة الاقتصادية للعقار تخول للدائن أن يستوفى حقه من المقابل النقدى للعقار المرهون أيا ما كان مصدر هذا المقابل (١) .

أما لو كان العقار أرضا ، فلعل ذلك وحده كاف لجعل هذا الائتمان مأمون العاقبة . فليس من المألوف أن تتلف الأرض أو تهلك ، إلا فى أحوال استثنائية كزلزال أو حرب تستخدم فيها الطاقة الذرية . ولكن الخطر الوحيد المحتمل هو هبوط القيمة الاقتصادية للعقارات ، وهو إن تحقق ففى الغالب من الأمر لا يصيب العقارات وحدها بل يمتد إلى الحالة الاقتصادية فى كافة فروع نشاطها .

٣١ - المصالح التى يمسها الرهن الرسمى :

موقف المشرع من الرهن الرسمى كنظام قانونى للائتمان يتحدد بالمصالح التى يمسها هذا النظام . ودوره هو التوفيق بين تلك المصالح بالقدر الميسور حتى تأتى أحكامه محققة لهدف الرهن الرسمى .

يمس الرهن الرسمى مصالح الدائن أولا ، ثم المدين ثانياً . وأخيراً يتصل بمصالح الغير . والغير هنا هو من يتعامل مع الدائن أو مع المدين بصفة خاصة(٢).

أما مصلحة الدائن فتتمثل فى رغبة واضحة فى الحصول على تأمين يضمن له استيفاء حقه إذا عجز المدين عن الوفاء . وبقدر ما يتضمن التأمين من أحكام

---

(١) أنظر ما سيأتى فى دراسة وعاء الأفضلية .

(٢) أنظر موريل محاضرات فى القانون المدنى مع التعمق فى آثار الرهن - باريس ١٩٤٢ - ١٩٤٣ ص ٢٧ .

تحقق رغبة الدائن ، يزداد إقباله على منح الائتمان . ومن هنا رتب له المشرع على العقار المرهون حقا عينياً تبعياً يخول له أفضلية على مقابله النقدى ، ويمكنه من مباشرة هذه الأفضلية حتى ولو انتقل العقار إلى يدأخرى غيريد الراهن. بل ويتعين على المشرع أن ييسر مباشرة هذا الحق بمقتضى إجراءات سريعة لا تكلف نفقات باهظة ، إجراءات من شأنها رفع قيمة العقار إلى الحد الأقصى . هكذا تتمثل مصالح الدائن فى أداة تضمن له استيفاء دينه ويتحقق ذلك بالحق العينى التبعى المقرر له ، وإجراءات فعالة تكفل له أن يستوفيه كاملا .

أما عن مصلحة المدين فالمشرع أمامها بين عاملين متعارضين . فهو من ناحية يريد وضع المدين فى مركز يبعث على الثقة ويشجع على منح الائتمان . وهنا تتلاقى مصلحة المدين مع الدائن فى وجوب وضع أحكام تيسر إجراءات الرهن الرسمى وتحقق هدفه . ومن ناحية أخرى يجب على المشرع الحرص على مصلحة المدين بتوجيه نظره إلى خطورة ما قد يفضى إليه رهن عقاراته ، وبالحد من إسرافه فى هذا الشأن . من هنا قدر المشرع أن رهن العقار رهناً رسمياً لابد أن يفرغ فى عقد رسمى ، وذلك لتنبيه المدين إلى خطورة التصرف الذى يقدم عليه . كذلك وضع قاعدة جوهرية تحكم الرهن الرسمى وترمى إلى المحافظة على مركز المدين والحد من شططه فى رهن عقاراته . هذه هى قاعدة تخصيص الرهن التى سنفصل أحكامها فيما بعد . وتتلخص فى وجوب تحديدالعقار المرهون تحديداً دقيقاً وبيان قدر الدين المضمون بيانا واضحاً . بل وعنى المشرع بتقرير بطلان كل رهن يتقرر على مال مستقبل (م ١٠٣٣ الفقرة الثانية) . والغاية من ذلك كله هى الحد من شهوات مدين مسرف يستجيب إلى أهوائه دون تبصر .

آخيراً يتصل الرهن الرسمى اتصالا وثيقا بمصالح الغير . ونعنى بالغير هنا بصفة خاصة كل من يتعامل مع المدين معاملة قانونية تتصل بالعقار المرهون(١)

(١) أنظر فى تحديد معنى الغير فى الرهن الرسمى جان مارى اوسيل « دراسة فى معنى الغير فى القانون المدنى الفرنسى » — رسالة إلى كلية حقوق مونبلييه ١٩٥٢ . ص ١١٦ وما بعدها .

سواء كان ذلك بقصد اكتساب ملكية هذا العقار أو بقصدتقرير رهن عليه. ولعله من الواضح أن مصلحة هذا الغير هى أن يكون على بينة من أمر ملكية المدين لهذا العقار . بل وأن يحاط علماً بكافة ماتقرر على هذا العقار من حقوق عينية تبعية تخول لدائنين آخرين استيفاء ديونهم بالأفضلية من المقابل النقدى للعقار . وبعبارة أخرى من صالح الغير أن يقف على الحالة القانونية للعقـار وعلى كافة ما تقرر عليه من حقوق عينية أصلية أوتبعية. وكل ذلك لا يتيسر تحقيقه إلا بنظام شهر محكم ، يهىء لمن يتعامل مع المدين الحصول على كافة المعلومات المتعلقة بالعقار بواسطة إجراءات سريعة مبسطة .

كذلك تظهر مصلحة الغير فى العلم بقدر الدين المضمون بالحق العينى التبعى المقرر على العقار ، وذلك سواء كان هذا الغير يريد شراءه أم يريد ارتهانه. فإذا كان يريد شراءه ، تبدو أهمية العلم بقدر الدين المضمون لتحديد موقف المشترى من الوسائل التى هيأها له القانون لتحرير العقار من الرهن (١) . وإن كان الغير يريد ارتهانه فمصلحته ظاهرة فى الوقوف على قدر الدين حتى يستطيع تقدير فرصته فى الاستفادة من المقابل النقدى للعقار فى استيفاء حقه .

ولذلك تكفل المشرع بتحقيق العلم بالدين المضمون بواسطة قاعدة تخصيص الرهن . هذا التخصيص يرد أولا فى التعاقد ، ثم يشترط ثانياً فى قائمة القيد التى تقدم للشهر العقارى .

٣٢ — خصائص الحق الذى يتقرر لصالح الدائن المرتهن

جوهر نظام الرهن الرسمى بوصفه من النظم القانونية للتأمينات العينية أنه يكسب الدائن المرتهن حقاً عينياً تبعياً . بل لعل هذا الحق هو الأداة القانونية التى بمقتضاها يكفل الرهن الرسمى تحقيق هدف التأمينات على أكمل صورة . ذلك أنه يحصن الدائن ضد مخاطر عدم تنفيذ الالتزام ، ويجنبه الخضوع لقاعدة

(١) أنظر ما سيأتى دراسته فى موقف حائز العقار المرهون رهناً رسمياً .

المساواة بين الدائنين . على هذا النحو يتيسر لنا إبراز الخصائص التى تميز حق الدائن المرتهن .

أول هذه الخصائص أن الدائن يكتسب حقاً عينياً . هذا الحق العينى باعتباره من حقوق الضمان الخاص يوصف بأنه حق تبعى . ويضيف الفقه عادة فى هذا الشأن أن الحق هنا لا يتجزأ ، وأنه حق عقارى . فلنتأمل إذن فى هذه الخصائص المتعددة .

يمتاز الحق أولا بأنه عينى .. نصت المادة ١٠٣٠ صراحة على هذه الخصيصة الأولى بقولها « الرهن الرسمى عقد به يكسب الدائن على عقار مخصص لوفاء دينه حقاً عينياً » (١)

تبين لنا من تحديد معيار الحقوق العينية ، أن هذا المعيار يصدق أيضاً على الحقوق العينية التبعية (٢) . وبذلك يمكن القول إن حق الدائن المرتهن على العقار المرهون هو حق عينى . محل هذا الحق هو العقار المرهون ، وبعبارة أدق هو الكيان الاقتصادى لهذا العقار . ومضمون هذا الحق ، أى السلطات التى يتمتع بها الدائن المرتهن ، يخول له استيفاء دينه من المقابل النقدى للعقار المرهون . وهذه الأفضلية يباشرها الدائن حتى ولو انتقل العقار إلى يد أخرى ويعبر عن هذه السلطة بالتتبع .

يظهر لنا أن هذا الحق يختلف فى مضمونه عن الحقوق العينية الأصلية ، التى تتضمن سلطات الاستغلال والاستعمال والتصرف بالنسبة إلى حق الملكية

---

(١) وفى هذا الشأن تقرر المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى أن حق الرهن « سلطة للدائن على العقار المرهون يستوفى بمقتضاها الدين من ثمن هذا العقار ، فإن استوفاها فى مواجهة دائن آخر سمى هذا تقدما ، وإن استوفاه فى مواجهة من انتقلت ملكية العقار المرهون إليه سمى هذا تتبعاً » — أنظر الجزء السابع من مجموعة الأعمال التحضيرية ص ١٠ .

(٢) راجع ما تقدم فى تحديد معيار الحقوق العينية ، وتطبيقه على الحقوق التبعية ونقد الفقه المنكر لها فقرة ٢٦ ، ٢٧ .

أو بعض هذه السلطات فقط بالنسبة إلى الحقوق المتفرعة عن الملكية كالانتفاع والارتفاق .

على أنه تنبغي الإشارة إلى أن حق الدائن المرتهن يحد من سلطات مالك العقار المرهون . فهو يرد على القيمة الاقتصادية ويخول للدائن استيفاء دينه من مقابله النقدى . هكذا تتقيد سلطات المالك . فهو لم يعد حراً فى الانتفاع بالعقار على نحو مطلق كما لو كان غير مرهون . يتضح ذلك من نص م١٠٤٧ من التقنين المدنى الذى يقضى بأن الراهن يلتزم بسلامة العقار المرهون . وللدائن المرتهن أن يعترض على كل عمل أو تقصير يكون من شأنه انقاص ضمانه إنقاصا كبيراً ، بل وله فى حالة الاستعجال اتخاذ ما يلزم من الوسائل التحفظية وأن يرجع على الراهن بما ينفق فى ذلك .

هذا الحكم يفيد صراحة أن يد المالك على العقار لم تعد طليقة . ذلك أن حق الدائن قد تعلق به (١) . ومن ثم يمتنع على المالك أن يستعمل العقار أو يستغله على نحو يضر بمصالح الدائن المرتهن ، وذلك بانتقاص التأمين أو إضعافه

بل وإذا تصرف المالك الراهن فى العقار المرهون إلى شخص آخر ، فإن الدائن المرتهن ، يستطيع أن ينفذ على هذا العقار فى مواجهة من اكتسب ملكيته ، ويسمى بحائز العقار المرهون (٢). وتعتبر سلطة الدائن المرتهن نتيجة طبيعية للحق العينى الذى اكتسبه على الكيان الاقتصادى للعقار المرهون .

---

(١) وفى المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى فقرات تكشف عن إرادة المشرع فى التقريب بين حق الدائن المرتهن الذى يكتسب حقاً عينياً تبعياً على العقار ، وحق المشترى الذى يكتسب حق الملكية إذ جاء فيها « يلتزم الراهن بترتيب حق الرهن على العقار المرهون لمصلحة الدائن المرتهن كما يلتزم البائع بنقل حق الملكية إلى المشترى ؛ وتضيف إلى ذلك أن الراهن « يلتزم ، كالبائع أيضا بضمان التعرض والاستحقاق ، فلا يجوز له أن يقوم بأى عمل من شأنه إنقاص ضمان الدائن المرتهن ، كأن يخرب العقار المرهون أو أن يتركه يتخرب » . هكذا تتقيد سلطات المالك على العقار ومرد ذلك أن الحق العينى المقرر للدائن المرتهن قد حد من سلطاته .

(٢) راجع دراستنا المفصلة فى آثار الرهن الرسمى وبيان موقف حائز العقار إزاء الدائن المرتهن

يلاحظ مما تقدم أننا آثرنا فى تحديد مضمون الحق العينى التبعى الذى يتقرر لصالح الدائن المرتهن أن نطاق صياغة الأفضلية فجعلناها شاملة للمقابل النقدى للعقار المرهون ، وليست قاصرة على الثمن .

هذه الصياغة تجنبنا الالتجاء إلى الحلول العينى حيث لا تدعوا الحاجة إليه(١) وفى هذا القول ما يبرره . ذلك أن ثمن العقار المرهون هو الترجمة النقدية المألوفة للقيمة الاقتصادية لهذا العقار . ومن المسلم به أن حق الدائن المرتهن يخول له مباشرة الأفضلية على هذا الثمن . وليس فى نظرنا إذن ما يمنع من القول بأن هذه الأفضلية يتسع نطاقها ، فيستطيع الدائن أن يباشرها فى كل مرة يستحق لصالح العقار مقابل نقدى يمثل قيمته الاقتصادية ، أيا ما كان مصدر استحقاقه ، سواء كان ذلك مبلغ تأمين فى حالة هلاكه أو تلفه ، أو مبلغ تعويض أداه من تسبب فى الهلاك أو التلف ، أو الثمن الذى يقرر مقابل نزع ملكيه للمنفعة العامة ، أو غير ذلك من صور المقابل النقدى .
أفصحت عن هذا الاتجاه م ١٠٥٦ من التقنين المدنى بقولها « يستوفى الدائنون المرتهنون حقوقهم قبل الدائنين العاديين من ثمن العقار المرهون أو من المال الذى حل محل هذا العقار » . والنص الفرنسى أصدق فى عبارته ، وأكثر استجابة إلى تحديد مضمون الأفضلية على النحو الذى نتجه إليه . فترجمته العربية تعبر عن معنى الدين ، أى المقابل النقدى الذى استحق للمالك كمقابل للعقار المرهون .

وقد جاءت الصياغة الفرنسية على النحو الآتى :

Les creanciers hypothécaires seront payés sur le prix de l'immeuble ou sur la créance qui s'y est substituée.

لذا كنا نفضل أن يسجل المشرع المصرى هذا الاتجاه فى تعريفه للرهن

---

(١) أنظر هذا الرأى فى رسالة اسماعيل غانم السابق الاشارة اليها فقرة ٥٢ ص ٩٢ وما بعدها وراجع فى مناقشة مختلف الأراء التى قيلت فى هذا الشأن رسالة منصور مصطفى منصور إلى كلية الحقوق بجامعة القاهرة ١٩٥٣ « نظرية الحلول العينى وتطبيقاتها فى القالون المصرى » لنا عودة مفصلة فى دراسة حق الأفضلية إلى موقف المشرع المصرى من الحلول العينى فى الرهن الرسمى .

الرسمي في م ١٠٣٠ باستعمال عبارة المقابل النقدي بدلا من كلمة ثمن العقار، مادام أنه استجاب إلى هذه الفكرة في المادة ١٠٤٩، والمادة ١٠٥٦ .

هذه الصياغة المقترحة لمضمون الأفضلية تتفق بصفة خاصة مع الفكرة التي قدمناها ،وهي أن حق الدائن المرتهن لا يرد على العقار في كيانه المادي، ولكنه ينصب على القيمة الاقتصادية التي يمثلها هذا العقار ، والتي تعتبر عنصرا هاما فيه . والترجمة النقدية ، أيا ما كان مصدرها .لهذه القيمة الاقتصادية يتعلق بها حق الدائن المرتهن فيباشر عليها الأفضلية .

الرهن الرسمي يزود الدائن اذن بحق عيني. على أن هذا الحق قد تقرر ضمانا للوفاء بدين من الديون ، ومن هنا تظهر الخصيصة الثانية وهو أنه حق تبعي .

يمتاز حق الدائن بأنه حق تبعي . وبعد فالتبعية في التقنين المصري من الأفكار الرئيسية التي انعكست على أحكام التأمينات بصفة عامة . على هذا النحو تتمثل التأمينات في نظم قانونية لا تمس الحاجة إليها إلا بإسنادها إلى التزام صحيح . ولا يتاح تطبيقها إلا ببقاء الالتزام واستمراره ، ومن ثم تزول الحكمة من تقريرها بانقضاء هذا الالتزام .

تضمنت المادة ١٠٤٢ بشأن الرهن الرسمي المعاني المتقدمة، فنصت على أن الرهن لا ينفصل عن الدين المضمون ، بل يكون تابعاً له في صحته وفي انقضائه مالم ينص القانون على غير ذلك . ثم جاءت المادة ١٠٨٢ في انقضاء الرهن فرددت هذا الحكم قائلة بأن « حق الرهن الرسمي ينقضي بانقضاء الدين المضمون ويعود معه إذا زال السبب الذي انقضى به الدين ، دون إخلال بالحقوق التي يكون الغير حسن النية قد كسبها في الفترة ما بين انقضاء الحق وعودته » .

هذه التبعية التي يتصف بها الحق العيني المقرر للدائن المرتهن غنية بالنتائج وسنشير إليها في إيجاز . على أنه تنبغي الإشارة إلى عدم المبالغة في أمر هذه التبعية ، فهي لا تنطبق على إطلاقها ، بل يصيبها بعض القيود . ويظهر ذلك

بصفة أخص فى بعض التقنينات الأجنبية، مثل التقنين السويسرى والألمانى، التى اعتنقت نظماً قانونية نظرت فيها إلى الرهن الرسمى نظرة مستقلة أصيلة.

١ - من حيث وجود الالتزام : يفضى منطق التبعية إلى القول بأن الحق العينى المخول للدائن المرتهن لا يترتب إلا من وقت وجود الالتزام. مع ذلك قضى المشرع فى المادة ١٠٤٠ بجواز ترتيب الرهن ضماناً لدين مستقبل أو دين احتمالى أو ضماناً لاعتماد مفتوح أو لفتح حساب جار بشرط أن يحدد فى عقد الرهن مبلغ الدين المضمون أو الحد الأقصى الذى ينتهى إليه. وكأن المشرع قد أجاز إذن ترتيب الرهن قبل نشوء الدين. بل ذهب إلى أبعد من ذلك فقرر أن الدائن المرتهن يكتسب حقه على العقار المرهون وتحتسب مرتبته فى مواجهة الغير من تاريخ قيد الرهن حتى ولو لم يكن الدين المضمون قد نشأ بعد (م ١٠٧٥ من التقنين المدنى).

هذا خروج ظاهر عن فكرة التبعية. ولكن يحد من إطلاقه أن المشرع اشترط تعيين قدر الدين أو فى القليل حده الأقصى. وبعد فالرهن بطبيعة الحال إذ ينشأ لا يستطيع الدائن بمقتضاه أن يباشر السلطات التى يخولها له الحق العينى إلا بعد نشأة الدين. ولعل الحكمة من تقرير مرتبة سابقة على نشأة الدين، هى التيسير على المدين فى الحصول على الائتمان، لاسيما وأن التعامل بشأن فتح اعتماد أو حساب جار يتم مع المصارف، وهذه لا تطمئن فى منح ائتمانها إلا بضمانات خاصة محكمة تكفل استيفاء ما يستحق لها من ديون.

٢ - من حيث صحة الالتزام وسلامته : غنى عن البيان أن الحق الناشىء عن الرهن لا يضمن إلا الالتزام الصحيح. فإذا كان الالتزام باطلا بطلاناً مطلقاً، أو قابلا للابطال وقضى ببطلانه، فإن حق الرهن يزول ولا يمكن أن يظل قائماً بلا التزام صحيح يضمنه.

٣ - من حيث انتقال الالتزام : لو تم هذا الانتقال من ناحية إيجابية أى من دائن إلى دائن آخر بواسطة حوالة الحق، أو من ناحية سلبية أى من مدين

إلى آخر عن طريق حوالة الدين ، فإن ذلك لا يؤثر على بقاء الرهن . بل يظل الدائن الجديد مزودا بحق الرهن فى مواجهة المدين، ويبقى الدائن فى حوالـة الدين مستفيدا من حق الرهن فى مواجهة المدين الجديد . هذا هو ما يستفاد صراحة من نص م ٣٠٧ فى حوالة الحق ، والمادة ٣١٨ فى حوالة الدين .

٣ — من حيث انقضاء الالتزام : أخيراً تمتد تبعية الحق المقرر للدائن المرتهن فتصدق على انقضاء الالتزام .

إلى هذا أشارت المادة ١٠٨٢ بقولها إن « حق الرهن الرسمي ينقضي بانقضاء الدين المضمون ويعود معه إذا زال السبب الذى انقضى به الدين دون إخلال بالحقوق التى يكون الغير حسن النية قد كسبها فى الفترة ما بين انقضاء الحق وعودته ».

ينعكس أثر انقضاء الدين إذن على الرهن ، فيزيل الحق العينى المقرر للدائن المرتهن على العقار . على أنه تنبغى الإشارة هنا إلى أن انقضاء الالتزام بالوفاء لا يزيل حق الرهن ، إذا كان هذا الوفاء مقروناً بحلول اتفاقى أو قانونى . والعلة فى ذلك أن الموفى يحتل مركز الدائن المرتهن فيطالب المدين بأداء ما وفاه. وتكون هذه المطالبة مكفولة بكافة التأمينات التى تضمن الوفاء بالالتزام. وفى هذا تنص المادة ٣٢٩ على أن « من حل قانوناً أو اتفاقاً محل الدائن كان له حقه بما لهذا الحق من خصائص وما يلحقه من توابع ، وما يكفله من تأمينات ، وما يرد عليه من دفوع » . على أنه يمكن أن نقرر فى هذا الشأن أن الحكم المتقدم لا يهدم فكرة التبعية ، بل لعله يستجيب إلى حكمتها . ذلك أن الالتزام وإن كان قد انقضى من ناحية فنية ، إلا أن الوفاء هنا مقترن بالحلول . بل إن الموفى لا يقدم على الوفاء إلا وهو مطمئن إلى احتلاله مركز الدائن .

كذلك نشير إلى حكم خاص بتجديد الالتزام المقيد فى حساب جار . ومقتضاه أن مجرد تقييد الالتزام فى حساب جار لا يعتبر تجديداً لهذا الالتزام . بل يجب حتى يقع التجديد أن يقطع رصيد الحساب أو يتم إقراره . ومع ذلك

ورغم أن الالتزام ينقضى هنا بالتجديد ، يظل الرهن الذى كان يكفله باقياً يضمن الوفاء بالالتزام الناشىء عن قطع الرصيد او إقراره (١) .

وسنعود إلى دراسة انقضاء الرهن بطريق التبعية بعد الفراغ من دراسة انشائه وآثاره . ونقنع فى هذا الصدد ببيان بعض صور التبعية والخروج عنها .

هذه هى باختصار أهم النتائج المترتبه على تبعية حق الدائن المرتهن . وبعد فهذه التبعية وإن كانت من الأفكار الرئيسية التى وجهت المشرع المصرى فى صياغة أحكام التأمينات ، إلا أنها ليست صفة جوهرية لا يتصور قيام التأمين العينى بدونها . ويظهر ذلك بوضوح من النظر إلى بعض التقنينات الأجنبية ، فقد أقرت نظما قانونية يتقرر الرهن الرسمى بمقتضاها غير مرتبط بوجود التزام معين يكفله .

فهناك أولا نظام المراتب الخالية الذى أخذ به التقنين السويسرى . وصورته أن يقرر المدين للدائن المرتهن حقاً عينياً على العقار المرهون لضمان الوفاء بدين معين مفضلا على غيره من الدائنين . منطق التبعية يقضى بأنه إذا انقضى هذا الدين زال الرهن بما كان يكفل من أفضلية لصاحبه فى مواجهة الدائنين المرتهنين الآخرين ، بمعنى أن الدائن الذى كان يحتل المرتبة الثانية يصبح فى المرتبة الأولى ، والذى كان يشغل الثالثة ينتقل إلى الثانية وهكذا . ولكن المشرع السويسرى بمقتضى نظام المراتب الخالية أجاز للمدين الراهن أن يحتفظ لنفسه بالمرتبة التى زالت عن الدائن الذى انقضى دينه ، وأن يستفيد من هذه المرتبة الخالية . فله أن يستدين من دائن جديد ويدعوه لاحتلال هذه المرتبة . وبذلك يكتسب هذا الدائن الجديد أولوية على كل الدائنين القدامى . ذلك هو نظام من النظم التى اعتنقها تقنين أجنبى وتخلى فيه عن فكرة التبعية التى تلازم الرهن الرسمى فى مصر .

---

(١) راجع نص م ٣٥٧ من التقنين المدنى فى صور الإتفاق على نقل التأمينات التى كانت تكفل الالتزام القديم إلى الالتزام الجديد .

نجد أيضاً فى المانيا نظام الديون العقارية . وبمقتضاه يقرر الشخص رهنا مباشرا على عقار يملكه وباسمه . وهو رهن يتقرر دون أن يوجد أى التزام يضمنه أصلا . فالمالك ليس مديناً على وجه الاطلاق . وهو يظل متربصا برهنه يستخدمه فى الوقت المناسب لصالح أحد دائنيه فى المستقبل . هذا هو ما يسمى بنظام الديون العقارية .وهو رهن مجرد يقرره المالك لصالحه . فاذا ما خصص هذا الرهن لضمان الوفاء بالتزام ينشأ فيما بعد ، فان انقضاء هـذا الالتزام أو بطلانه لا يؤثر على بقاء الرهن ، بل يستمر لصالح المالك . والطريف فى أمر هذا الرهن أنه يحد من مسئولية المالك فيحصرها فى نطاق القيمة المالية للعقار المرهون . لذلك يقال إنه إذا تقرر فى ورقة معينة ، فهو تعبير عن قيمة العقار المالية . وفى نطاق هذه القيمة ومن يوم تقرير الرهن ، يكتسب الدائن حقه على العقار . وبعبارة أخرى يكون العقار ممثلا فى قيمته المالية هو المسئول عن الوفاء فقط (١) .

قصدنا بصفة خاصة من استعراض هذه الأمثلة بيان أن الرهن الرسمى قد يتجرد من التبعية ، ويقوم مستقلا بذاته كما هو الحال فى تلك النظم القانونية التى أخذت بها بعض التقنينات المعاصرة . اما فى مصر فالرهن حق عينى تبعى ، وهو إلى جانب ذلك حق لا يتجزأ .

هو الرائه المرتهم لايتجزأ : جاء ذكر هذه الخصيصة فى نص المادة ١٠٤١ من التقنين المدنى بقولها إن « كل جزء من العقار أو العقارات المرهونة ضامن لكل الدين ، وكل جزء من الدين مضمون بالعقار أو العقارات المرهونة كلها . مالم ينص القانون أو يقضى الاتفاق بغير ذلك » (٢)

هذه المادة تترجم عن قاعدة مقتضاها أن حق الرهن يتعلق بالعقار فى كل جزء من أجزائه ، وذلك للوفاء بالدين بأكمله . وتطبيقاً لذلك لو خصص

---

(١) أنظر موريل محاضرات فى القانون المدنى مع التعمق آثار الرهن باريس ١٩٤٢ ص ١٠ وما بعدها .

(٢) راجع بودان وفواران جزء ١٣ ص ٣١٨ .

العقار لضمان الوفاء بدين قدره ألف جنيه ، ثم باع المدين جزءاً من هذا العقار ، فالجزء المباع يضمن الوفاء بالدين كله ، والجزء الباقي لدى الراهن يضمن أيضاً هذا الوفاء . ولو قام المدين بدفع نصف الدين ، فتبقى عليه مبلغ خمسمائة جنيها ، يظل العقار بأكمله ضامنا للوفاء بهذا المبلغ . هذا كله مالم يقضى الاتفاق أو ينص القانون على خلاف ذلك . فعدم تجزئة الرهن وإن كان من طبيعته فهو ليس من مستلزماته . وبناء عليه يقع صحيحاً اتفاق الدائن مع المدين على تحرير جزء من العقار من الرهن ، مقابل وفاء المدين بجزء من الدين .

كذلك قد يجيز القانون هذه التجزئة . وهو ما يحدث مثلا إذا اشترى شخص جزءاً من العقار المرهون وعرض على الدائنين قيمة تقديرية لهذا الجزء فقبلوها . هنا يتحرر هذا الجزء من الرهن المقرر عليه (١) كما سنبين بالتفصيل فى دراسة التطهير .

أخيراً يتميز حق الدائن المرتهن بأنه حق عقارى : وقد أشارت إلى هذه الخصيصة م ٨٣ بقولها « يعتبر مالا عقاريا كل حق عينى يقع على عقار ، بما فى ذلك حق الملكية ، وكذلك كل دعوى تتعلق بحق عينى على عقار - ويعتبر مالا منقولا ماعدا ذلك من الحقوق المالية » .

يستفاد من نص هذه المادة أن تحديد الصفة العقارية للحق العينى وثيقة الصلة

---

(١) تستفاد أيضا هذه التجزئة من القانون رقم ١٣ لسنة ١٩٤٢ ويسمى قانون تجزئة الضمان. وقد صدر خاصا بتيسير الوفاء بالديون العقارية فخرج عن قاعدة عدم التجزئة فى نطاق معين . وتقضى أحكام هذا القانون أن من يملك حصة مفرزة فى أرض زراعية مرهونة رهنا رسمياً ضمانا للوفاء بدين يستحق أداؤه على أقساط ، له أن يدفع للدائن النصيب المترتب على أرضه من أقساط وفوائد ومصاريف (المادة الأولى) . فإن دفع تحررت حصته من الرهن بصفة مؤقتة ، بمعنى أنه إذا لم يكن التنفيذ على الحصص الأخرى كافيا للحصول على ما تبقى من الدين بأكمله ، جاز للدائن أن يعود على مالك الحصة المحررة مؤقتا لينفذ عليه . وكأن هذا القانون يمنح للمالك الذى يؤدى الأقساط المستحقة عليه ، محددة على أساس نسبة الحصة المملوكة له إلى الأرض الباقية ، حقا قريبا من الدفع بالتجريد ، فله أن يمنع الدائن من التنفيذ على حصته مادام الجزء الباقى من الأرض يكفى للوفاء بالدين .

بمحل هذا الحق . فهو يعتبر حقا عقاريا إذا كان واردا على عقار . وتطبيقا لذلك يرتب الرهن الرسمي للدائن المرتهن حقا عقاريا .

ومما تجدر الإشارة اليه أن هذا القول لا يستقيم مع الفقه المنكر للحقوق العينية التبعية ، والذى يرى فى التأمينات العينية مجرد أوصاف للالتزام (١) . على أن الصفة العقارية لحق الرهن لم ينكرها فقط الفقه الذى لا يقر وجود الحقوق العينية التبعية. بل عارضها بعض الفقهاء الآخرين بحجة أن حق الرهن تابع للالتزام ، ومن ثم ينبغى أن تخلع عليه صفة الالتزام . على أن هذا الاتجاه لا يستأهل فى مصر نظراً خاصا. فالمشرع أقر بأن الدائن يتمتع بحق عينى ، وقرر صراحة فى م ٨٣ بأن كل الحقوق العينية الواردة على العقار هى حقوق عينية عقارية (٢) .

٣٣ - خطة البحث

الآن وقد فرغنا من تعريف الرهن الرسمي وبيان خصائصه نعالج أحكام الرهن الرسمي . ونعقد فى هذا الشأن ثلاثة فصول .

نخصص الفصل الأول لإنشاء الرهن الرسمي ، والفصل الثانى لآثاره ، والفصل الثالث والأخير لزواله .

---

(١) راجع ما تقدم فى مناقشة هذا الفقه فقرة ٢٨ .

(٢) أنظر بودان وفواران جزء ١٣ ص ٣٤٥ فقرة ٣٠٤ راجع أيضا محمد على عرفه شرح القانون المدنى الجديد فى حق الملكية الجزء الأول ص ١٠٣ فقرة ٨٢ - حسن كيره الحقوق العينية الأصلية حـ ١ فى حق الملكية ص ٤٩ .

الفصل الأول

إنشاء الرهن الرسمى

٣٤ - تقسيم :

تبين لنا فيما تقدم أن الرهن الرسمى نظام قانونى يمس مصالح متعددة : فهناك أولا مصلحة الدائن المرتهن ، ثم مصلحة المدين وهو فى الغالب من الأمر الذى يقدم العقار المرهون . على أن هذا ليس هو الفرض الوحيد ، فسنرى أن الراهن قد يكون شخصاً غير المدين ، وهو ما اصطلح الفقه والتقنين على تسميته بالكفيل العينى . وأخيراً تتعلق بالرهن الرسمى مصالح الغير . والغير هو بصفة خاصة كل من يتعامل مع الراهن معاملة قانونية بشأن العقار المرهون ، وبصفة أخص كل من يكتسب عليه حقاً عينياً أصليا كان أم تبعيا .

على هذا النحو تتضمن دراسة إنشاء الرهن أحكاما تجدع بين مختلف هذه المصالح التى كثيراً ما تتعارض . ومن ثم تتعقد مهمة المشرع ، وينصرف جهده إلى الموازنة بين المصالح وترجيح أجدرها بالرعاية .

يقتضى بحثنا إذن تحليل هذه الأحكام . وينبغى فى هذا الشأن البدء بالأحكام المتصلة بعلاقة الدائن بالمدين الراهن ، أو الراهن بصفة عامة مدينا كان أو غير مدين. ثم ننتقل فى مبحث ثان إلى الأحكام التى تمس مصالح الغير والتى شرعت لحمايته .

ونستطيع منذ الآن أن نقرر ، أن الرهن الرسمى ينشأ بواسطة عقد يتم بين الدائن والراهن . هذا العقد يرتب للدائن المرتهن حقا عينياً تبعيا على العقار المرهون. على أن هذا الحق حتى يحتج به فى مواجهة الغير لابد وأن يستكمل عنصر العلانية ، ويتمثل فى التشريع المصرى فى نظام القيد بالشهر العقارى .

هكذا نخصص لدراسة إنشاء الرهن مبحثين : —

المبحث الأول — فى الأحكام المتصلة بعلاقة الدائن بالراهن .

المبحث الثانى — فى الأحكام المتعلقة بمصالح الغير .

المبحث الأول

الأحكام المتصلة بعلاقة الدائن بالراهن

٣٥ – خروج المشرع فى الرهن عن القواعد العامة فى رضائية العقود

خصصت التقنينات المعاصرة للارادة مكانا مرموقا فى ترتيب الآثار القانونية. فالإرادة هى قوام التصرف القانونى . بل والقاعدة العامة أن هذه الإرادة حرة فى وسيلة التعبير عما ترمى إليه . فالمشرع الحديث لا يعرف هذه التصرفات التى تعتد بالشكل فقط . بل يعنيه دائما أن يكون هذا الشكل ترجمة عن إرادة ناضجة واعية . غاية مافى الأمر أن هناك من التقنينات ما ينظر إلى شكل التعبير على أنه مجرد وسيلة لإظهار الإرادة إلى العالم الخارجى ، ومن ثم فإن جاءت هذه الوسيلة غير مطابقة للواقع فلا يعتد بها . وهناك تقنينات أخرى افترضت أن هذا الشكل الخارجى تعبير صادق عن الإرادة الحقيقية ، لابد من الأخذ به تأمينا لاستقرار المعاملات .

والقاعدة العامة للتعبير عن الإرادة فى التقنين المصرى هى إطلاق حرية الارادة فى اختيار شكل التعبير عنها . غير أن المشرع فى أحوال قليلة أحاط هذا التعبير بسياج من الرسمية ، بحيث إذا لم يتخيره المتعاقدان فقد العقد عنصرا أساسيا من عناصر تكوينه . وعقد الرهن الرسمى ، من العقود التى قدر المشرع وجوب إفراغها فى شكل رسمى . على أن هذه الرسمية يجب أن تستند إلى عنصر جوهرى يتصل بتعاقد مستكمل لأركانه وشروط صحته من الناحية الموضوعية . ومن هنا يجب علينا النظر فى الأحكام الموضوعية أولا ، ثم فى شكل التعبير عن الرضاء . هكذا ينقسم بحثنا إلى عنصر جوهرى يتعلق بالأحكام الموضوعية ، وعنصر شكلى يتصل بالرسمية التى يجب أن يفرغ فيها الرضاء .

المطلب الاول

العنصر الجوهرى — الأحكام الموضوعية فى إنشاء الرهن الرسمى

٣٦ - المسائل التى نعالجها :

لن نشير فى بحثنا لهذا العنصر إلى الأحكام العامة فى الرضاء كتلك التى تتصل مثلا بسبب التعاقد أو عيوب الرضا . بل نكتفى هنا بالعناية بما يتصل بالرهن الرسمى من أحكام خاصة . وفى هذا الشأن نتوقف أمام شخص الراهن، والالتزام المضمون ، والعقار المرهون .

أولا — الراهن

٣٧ - الراهن :

عنى المشرع بشخص الراهن فى م ١٠٣٢ فقرر أنه « يجوز أن يكون الراهن هو نفس المدين كما يجوز أن يكون شخصا آخر يقدم رهنا لمصلحة المدين ، وفى تلك الحالتين يجب أن يكون الراهن مالكا للعقار المرهون وأهلا للتصرف فيه » .

أول ماتنبغى ملاحظته على حكم هذه المادة أنه لا يشترط أن يكون الراهن هو المدين . بل قد يقدم شخص آخر عقاراً مملوكا له ضمانا للوفاء بدين الغير . هذا الشخص يسمى بالكفيل العينى . وسيظهر لنا من الأحكام التى ستعرض أن الكفيل العينى فى الغالب من الأمر يخضع لنفس الأحكام التى تنظم مركز المدين الراهن ، إلا فى صور محددة سنعنى بابرازها فى موضعها .

هذا الراهن سواء كان هو المدين أو غيره يجب أن يتوافر فيه شرطان :

١ — أن يكون أهلا للتصرف فى العقار المرهون) . ٢— أن يكون مالكا لهذا العقـــار .

٣٨ - أهلية الراهن (١) :

تنقسم الأعمال القانونية بشأن الأهلية ، إلى أعمال نافعة . وأعمال ضارة ، وأعمال دائرة بين النفع والضرر . ويدخل الرهن الرسمي في حظيرة الأعمال التي تدور بين النفع والضرر . وعلى هذا النحو يجب أن تتوافر لدى الراهن أهلية التصرف في العقار المرهون (م ١٠٣٢ مدني) .

تطبيقاً لما تقدم يقع رهن الصبي غير المميز باطلا بطلانا مطلقا . ورهن الصبي المميز الذي أدرك سن السابعة باطلا بطلانا نسبيا . ويأخذ المجنون والمعتوه حكم الصبي غير المميز . ويخضع السفيه وذو الغفلة لحكم الصبي المميز .

ويراعى في هذا الشأن ما جاء بالمرسوم بقانون رقم ١١٩ لسنة ١٩٥٢ الخاص بالولاية على المال . وقد نص في مادته السابعة أن الولي إذا كان هو

---

(١) قد تكون ملكية الشخص للعقار مقرونة بشرط مانع من التصرف . هذا الشرط يلزم لصحته أن يكون مبنيا على باعث مشروع ، وأن يكون المنع من التصرف محدداً بمدة معقولة ، وواردا في عقد أو وصية . وقد اختلف الفقه في تحديد الطبيعة القانونية لهذا الشرط . فاتجه رأي إلى أن المنع من التصرف ينتقص من أهلية المالك ، ويعيب هذا الرأي أنه لا يتسق مع أحكام الأهلية ، ذلك أن هذا الانتقاص إذا أصاب أهلية الوجوب فعنى هذا تقرير البطلان المطلق لتصرف المالك في العقار المخالف لشرط المنع ، وفي هذا مجاوزة للغاية من تقرير الشرط . وإذا أصاب أهلية الأداء ، فمنطق هذا الحكم يفضي إلى إمكان وجود نائب عن المالك الممنوع يباشر عنه التصرف وهذا يهدر الحكمة من قيام الشرط . والرأي الذي يبدو لنا صائبا هو الذي يقضي بأن شرط المنع من التصرف يتضمن قيدا على سلطات المالك . هذا القيد لا ينبغي أن يتجاوز الهدف من تقريره ، وهو حماية مصلحة مشروعة لمن تقرر الشرط لصالحه . وبقدر هذا الهدف يتحدد نطاق المنع من التصرف والجزاء المترتب على مخالفته.

(أنظر في هذا المعنى اسماعيل غانم في الحقوق العينية الأصلية ص ٥٩ فقرة ٣١ ، حسن كيره الحقوق العينية الأصلية ص ٢٦٨ وما بعدها) . وعلى ذلك فلا يعتبر الشرط الذي يمنع المالك من التصرف أنه قيد وارد على أهليته . وإنما يتحدد نطاقه بالغاية من تقريره . وتطبيقاً لذلك لا يجوز لمالك العقار إذا كان ممنوعا من التصرف فيه إلى الغير ، أن يقرر عليه رهنا رسميا ، لأن الرهن قد يفضي إلى بيع العقار إذا لم يدفع المدين الدين المضمون بهذا الرهن. (أنظر في الشرط المانع من التصرف أيضا والجزاء الذي يلحق مخالفته — عبد المنعم البدراوي في الحقوق العينية الأصلية فقرة ٦٥ وما بعدها — محمد علي عرفه في الملكية فقرة ٢٧٣ — شفيق شحاته في النظرية العامة للحق العيني رقم ٩٥ وما بعده) .

الأب فلا يجوز له أن يتصرف فى العقار المملوك للقاصر الذى تزيد قيمته على ثلثمائة جنيه إلا بإذن المحكمة . وأطلق هذا الحكم أيا ماكانت قيمة العقار ، حتى ولو قلت عن ثلثمائة جنيه ، بالنسبة إلى الولى إذا كان هو الجد ، فألزمه دائماباستئذان المحكمة (م ١٥ من المرسوم سالف الذكر) .

أما الوصى فقد ألزمه المشرع فى المادة ٣٩ من المرسوم المتقدم بالحصول على إذن المحكمة فى جميع التصرفات التى من شأنها إنشاء حق من الحقوق العينية العقارية الأصلية أو التبعية أو نقله أوزواله ، وكذلكجميع التصرفات المقررة لحق من الحقوق المذكورة .

ولما كان الرهن يعتبر من أعمال التصرف بصريح النص المادة ١٠٣٢ من التقنين المدنى ، فيمتنع إذن على الولى أو الوصى رهن عقار القاصر ، إلا بإذن المحكمة ، مع استثناء الأب بالنسبة للعقارات التى لا تزيد قيمتها عن ثلثمائة جنيه (١) .

٣٩ - ملكية الراهن للعقار المرهون - المسائل التى نعالجها :

قضت المادة ١٠٣٢ صراحة ، كما مضت الاشارة ، بوجوب أن يكون الراهن مالكا للعقار المرهون . ويلزم توافر هذا الشرط سواء كان الراهن

---

(١) ويلاحظ فى هذا الشأن أن الرهن إذا كان مقدما من الغير لضمان الوفاء بدين المدين ، فهو هنا قد يعتبر من أعمال التبرع ، إذا كان الكفيل العينى يقوم بمجرد إسداء خدمة إلى المدين . وعلى هذا النحو يخضع رهن الكفيل العينى إلى الأحكام المتعلقة بأهلية التبرع . وبذلك يقع رهن الصبى المميز لعقار من عقاراته ضمانا للوفاء بدين الغير باطلا بطلانا مطلقاً إذا قصد به مجرد إسداء خدمة للمدين . وبشأن الولاية والوصاية نصت المادة ٥ من المرسوم بقانون رقم ١١٩ لسنة ١٩٥٢ بالنسبة إلى الولى ، والمادة ٣٨ بالنسبة إلى الوصى أنه لا يجوز لأى منهما التبرع بمال القاصر إلا لأداء واجبإنسانى أو عائلىو بإذنمن المحكمة . راجععبد الفتاح عبد الباقى ص ٢٩٧ هامش١ . كما أنه تنبغى الإشارة أيضا إلى الحكم الوارد فى م ١٣ من المرسوم المذكور والذى يقضى بأنه لا تسرى القيود المنصوص عليها فى هذا القانون على ما آل للقاصر من مال بطريق التبرع من أبيه صريحا كان التبرع أو مستتراً ولا يلزم الأب بتقديم حساب عن هذا المال .

هو المدين ذاته . أو الكفيل العيني الذى يقدم عقاره ضمانا للوفاء بالتزام المدين.

ولعل مسلك المشرع فى تقرير هذا الشرط يستجيب إلى أن الرهن يكسب الدائن المرتهن حقا عينيا تبعيا على العقار ، وأن الحقوق العينية التى يكون مصدرها العقد ، لا يجوز أن تتقرر إلا برضاء مالك العقار (١)

وبذلك تابع المشرع منطقه فخصص المادة ١٠٣٣ لحكم رهن ملك الغير وهو أول المسائل التى ينبغى أن نواجهها بالبحث فيما يلى .

على أن ملكية الراهن للعقار المرهون لا تتوافر دائما فى صورتها البسيطة العادية . فهى احيانا تكون ملكية احتمالية ، كما هو الحال فى الملكية المعلقة على شرط واقف . واحيانا أخرى تكون ملكية غامضة ، كما هو الحال فى الملكية الشائعة . ومثل هذه الصور تثير التساؤل عن جواز رهن العقار الذى علقت ملكيته على شرط واقف ، أو اتصفت بالشيوع ، ومدى خروجه على اشتراط تملك الراهن للعقار المرهون .

كذلك قد يصدر الرهن ممن يظهر بمظهر المالك دون أن تثبت له هذه الصفة فى الحقيقة . ويبدو لأول وهلة تناقض صحة مثل هذا الرهن مع وجوب أن يكون الراهن مالكا للعقار المرهون . فهل يصح اذن رهن المالك الظاهر . هذه مسألة جديرة بالبحث بين مختلف المسائل التى نعالجها الآن .

ويدق الأمر ايضا فى صور الملكية المهددة التى يتحدد مصيرها بالزوال ، إما لكونها معلقة على شرط فاسخ تحقق ، أو لتجريد المالك الراهن من سنده بسبب البطلان أو الفسخ أو أى سبب آخر .

---

(١) بيدان و فوران جـ ١٣ فقرة ٣٧٤ ص ٣٨٨ .

ولما كان منطق الأثر الرجعي يفضي إلى أن الراهن لم تثبت له الملكية اصلا ، فعندئذ يعرض البحث في نطاق حماية الدائن المرتهن حسن النية من هذ الزوال الرجعي للملكية ، ومدى خروج هذه الحماية عن اشتراط تملك الراهن للعقار المرهون .

اخيرا تكتمل مسائل بحثنا بالنظر في حكم رهن المباني المقامة على أرض الغير . وهنا ايضا تثور شبهة الاستثناء من شرط تملك الراهن للعقار المرهون . ذلك أن احكام الالتصاق تشير بتمليك صاحب الأرض لما يقام عليها من منشآت . وبالتالي يكون صدور الرهن من الباني ، هو تقرير لحق الرهن من غير مالك . على أن تحليل نص القانون في هذا الصدد سيكشف لنا عن الصفة الوهمية لهذا الاستثناء .

هذه هي المسائل التي نعالجها فيما يلي ، ونجملها الآن على النحو الآتي :—

١ — رهن ملك الغير ٢ — يجوز أن تكون ملكية الراهن احتمالية ٣ — يصح أن تكون ملكية الراهن شائعة ٤ — رهن المالك الظاهر ٥ — حماية الدائن المرتهن حسن النية من زوال الملكية بأثر رجعي ٦ — رهن المباني المقامة على أرض الغير .

٤٠ — رهن ملك الغير (١)

نصت المادة ١٠٣٣ على ما يأتي :

١ — إذا كان الراهن غير مالك للعقار المرهون فإن عقد الرهن يصبح

---

(١) راجع بصفة خاصة في هذا الموضوع مقال بيير جيوعن « أعمال التصرف الواردة على ملك الغير » منشور بالمجلة الفصلية للقانون المدني سنة ١٩٥٤ ص ١ وما بعدها .

صحيحا إذا أقره المالك الحقيقى بورقة رسمية . وإذا لم يصدر هذا الاقرار فإن حق الرهن لا يترتب على العقار إلا من الوقت الذى يصبح فيه هذا العقار مملوكا للراهن .

٢ — ويقع باطلا رهن المال المستقبل (١) » .

نفترض فى الصورة التى نعالجها أن الراهن تعاقد باسمه ولحسابه مع الدائن المرتهن على رهن عقار مملوك للغير . وبذلك نستبعد الصور التى يكون فيها الراهن نائبا عن مالك العقار ، وأقدم على رهنه متجاوزا حدود نيابته ، أو تلك التى يتصرف فيها الراهن باسم المالك دون أن يكون مزودا بسند شرعى للنيابة . فمثل هذه الصور لا يشملها نص المادة ١٠٣٣ ، وإنما تخضع للقواعد العامة فى النيابة .

كذلك ايضا نقصى من نطاق الصورة التى نبحث فيها الآن ، تعهد الراهن بالحصول على موافقة مالك العقار بنقل الملكية اليه توطئة لتقرير حق الرهن ، أو تعهده بحمل المالك على الرضاء بالرهن . اذ فى مثل هذه التعهدات نكون

---

(١) جاء فى مذكرة المشروع التمهيدى تعليقا على المادة المقابلة للمادة ١٠٣٣ ما يأتى « فإن كان الراهن غير مالك العقار المرهون فإن الرهن يكون باطلا بطلانا نسبيا . وقد انحرف المشرع فى هذا الحكم عن التقنين الحالى (م ٥٦٣/٦٨٧) الذى يجعل رهن الأموال المستقبلة باطلا بطلانا مطلقا دون تمييز بين عقار معين وبين عقار غير معين . وقد أراد المشرع بجعل الرهن فى العقار المعين غير المملوك للراهن باطلا بطلانا نسبيا أن يوحد فى الحكم ما بين بيع ملك الغير (م ٦٣٢ من المشروع) ورهن ملك الغير رهنا رسميا (م ١٤٤٠ من المشروع) ورهن ملك الغير رهن حيازة (م ١٥٣١ فقرة ٢ من المشروع) لوحدة العلة وتحقيقا لاتساق التشريع . وفى هذه الفروض الثلاثة يجيز العقد من تقرر البطلان لمصلحته (المشترى أو الدائن المرتهن) .

كما يجيزه اقرار المالك الحقيقى أو انتقال الملكية منه إلى البائع أو الراهن وإذا كان العقار المرهون مالا مستقبلا معينا بالذات وغير مملوك للراهن ، فان الرهن يكون باطلا بطلانا نسبيا أما إذا كان الرهن واقعا على عقار لم يعين بالذات ، واقتصر الراهن على رهن ماعسى أن يملكه فى المستقبل من عقار ، فإن الرهن يكون باطلا بطلانا مطلقا لأنه يتعارض مع مبدأ تخصيص الرهن. ولم ير المشروع اوخال أى استثناء على هذا الحكم على خلاف ما ورد فى التقنين الفرنسى (أنظر المواد ٢١٣٠ — ٢١٣١ من هذا التقنين) » .

أنظر فى رهن المال المستقبل دراستنا التالية للشروط الواجب توافرها فى العقار المرهون .

ازاء عقد من العقود غير المسماة التي تحكمها القواعد العامة فى نظام التعهد عن الغير .

ولايدخل فى نطاق بحثنا ايضا رهن العقار المملوك على الشيوع . فهو يخضع لأحكام خاصة تقتضى استقلال دراسته ، على ضوء التصوير الذى نتخيره لفكرة الاثر الكاشف والأثر الرجعى للقسمة .

وأخيرا نرجىء موقتا النظر فى الرهن الصادر من المالك الظاهر . فهو اذ يبدو لأول وهلة خاضعا لحكم رهن ملك الغير ، إلا أن هناك اعتبارات متصلة بحماية الأوضاع الظاهرة تبرر استقلال دراسته، للبت فى جواز هذه الحماية ومداها .

على ضوء ما تقدم يتحدد نطاق الصورة التى نعالجها بالفرض الذى يرهن فيه الشخص عقارا مملوكا لغيره ، ويكون الرهن غير نافذ فى حق المالك .

تحليل وتأصيل حكم المادة ١٠٣٣ استحدث المشرع فى التقنين المدنى الجديد الحكم الوارد فى المادة١٠٣٣ بشأن رهن ملك الغير . وكان التقنين القديم خاليا من نص مقابل . وبذلك تأثر الفقه المصرى بالاتجاه السائد فى الفقه والقضاء الفرنسى .

وقد استقر الفقه والقضاء فى فرنسا على بطلان رهن ملك الغير بطلانا مطلقا . ورتبوا هذا البطلان على حكم المادة٢١٢٩ التى تعالج مبدأ تخصيص الرهن. فهى تفيد بطريقة ضمنية وجوب أن يكون الراهن مالكا للعقار المرهون . ولئن جاز الشك فى صلابة هذا الاستدلال (١) ، فإن الحجة القاطعة عندهم

---

(١) انظر مقال جيو السابق الاشارة اليه ص ١٤ . وهو ينتقد الحجة المستفادة عن نص م ١/٢١٢٩ . اذ يرى أن الاشارة الواردة فيها بشأن تملك الراهن للعقار المرهون انما اشارة عرضية غير مقصودة لذاتها . ولكنها جاءت بمناسبة تقرير مبدأ تخصص الرهن. وتحديد العقار المرهون .

أنظر بلانيول وريبير وبيكيه ج ١٢ فقرة ٥٣٠ ص ٤٥٣ وما بعدها وفيه يقرر المؤلف =

هى أن المشرع الفرنسى يقرر بطلان رهن المال المستقبل بطلانا مطلقا. وبطلان مثل هذا الرهن ينصرف إلى الرهن الوارد على الأمـــوال التى تؤول إلى الراهن مستقبلا بدون تحديد . كما يتضمن ايضا الرهن الذى يكون محله عقارا معينا لم يتسلكه الراهن بعد . أى أن البطلان المطلق يلحق رهن المال المستقبل سواء كان هذا المال محددا أو غير محدد ، مادام غير مملوك للراهن .

تأثر الفقه عندنا بهذا الاتجاه فى ظل التقنين القديم ، فاعتبر رهن ملك الغير باطلا بطلانا مطلقا ، تأسيساً على نص المادة ٥٦٣/٦٨٧ التى كانت تقضى بأن رهن العقارات التى تؤول إلى الراهن فى المستقبل باطل . وعلى هذا النحو استخلص الفقه من هذا الحكم كافة الآثار التقليدية للبطلان المطلق (١) .

=ان ملكية الراهن للعقار المرهون ليست مجرد شرط شخصى للأهلية. بل هى شرط قانونى ليدرك الرهن غايته من الائتمان . ويترتب على عدم توافره أن تتخلف فى الرهن الضمانات الواجبة . وبالتالى يصيبه عيب جوهرى ، ويكون البطلان المطلق هو الجزاء عليه . وذلك بخلاف بيع ملك الغير الذى يلحقه البطلان النسبى فقط .

ويترتب على ماتقدم أن الرهن يظل باطلا حتى ولو اكتسب الراهن ملكية العقار بالبيع أو الميراث . وعندئذ يجوز فقط انشاء رهن جديد إذا رضى بذلك الراهن ، ولاينتج هذا الرهن أثره إلا من وقت انشائه فهو لا يعتبر تصحيحا للرهن السابق . ولا يزول البطلان المتقدم باقرار المالك الحقيقى للرهن . إنما يجوز اعتبار هذا الاقرار بمثابة رهن جديد ، بشرط أن يفرغ فى الشكل الرسمى الذى يتطلبه القانون . وهو لا ينتج أثره فى مواجهة الغير إلا من تاريخ قيده .

ولما كان هذا البطلان مطلقا ، فالاحتجاج به جائز من كل ذى مصلحة . والمصلحة تتوافر للمالك الحقيقى وخلفائه . بل ويصبح التمسك بالبطلان ايضا من الراهن ذاته وخلفه العام ، حتى ولو كان سيء النية عند انشاء الرهن . وإذا آلت ملكية العقار للراهن فيجوز ايضا الاحتجاج ببطلان الرهن من جانب دائنيه العاديين ، أو خلفه الخاص الذى انتقلت اليه ملكية العقار أو اكتسب عليه أى حق عينى آخر .

وغنى عن البيان أن الدائن المرتهن يستطيع المطالبة بالاداء الفورى للالتزام المضمون بالرهن ، أو فى القليل يقتضى انشاء رهن صحيح مقابل الابقاء على أجل تنفيذ الإلتزام .

راجع أيضا بيدان وفواران ج ١٤ فقرة ١٧٨١ ص ١٨٣ .

(١) محمد كامل مرسى « الموجز فى التأمينات » طبعة سنة ١٩٣٩ فقرة ٢٠١ .

ثم جاء التقنين المدنى الجديد فقضى على مذهب البطلان المطلق بشأن رهن ملك الغير بصفة خاصة ، والتصرفات الواردة على ملك الغير بصفة عامة .

وليس أدل على ذلك من نص المادة ١٠٣٣ الذى يجيز تصحيح رهن ملك الغير باكتساب الراهن لملكية العقار المرهون ، أو اقرار المالك الحقيقى للرهن. وإذا ما استبعدنا البطلان المطلق ، فهل يكون جزاء رهن ملك الغير هو البطلان النسبي اذن ؟ هذا هو ماذهبت اليه المذكرة الايضاحية للمشروع التمهيدى ، وأيده جانب من الفقه(١) .

يبدو لنا أن هذا التكييف لا يطاوع النتائج التقليدية التى تترتب على البطلان النسبى عادة (٢). اذ من المعروف أن التصرف القانونى الباطل بطلانا نسبيا هو بمعنى أدق تصرف قابل للابطال ، أى أنه منتج لكافة آثاره القانونية حتى يتمسك بالبطلان من شرع لمصلحته . والمعروف ايضا أن إجازة صاحب المصلحة تزيل عن التصرف القانونى العيب الذى أصابه ، وتؤكد صحته فى الماضى والمستقبل .

فهل يستجيب رهن ملك الغير إلى هذه النتائج المتقدمة . الواقع أننا إزاء تصرف قانونى محل التعاقد فيه عقار مملوك لشخص أجنبى عن العقد . وبالتالى فهو تصرف لا ينفذ فى حقه .

---

(١) انظر جـ ٧ من مجموعة الأعمال التحضيرية ص ١٤ — عبد الفتاح عبد الباقى ص ٣١٦ فقرة ٢١٢ — قرب وقارن محمد على امام ص ٢٤٠ فقرة ١٤٩ .

(٢) راجع فى هذا المعنى ايضا جمال الدين زكى ص ٢٠٢ — قرب محمد على امام المرجع السابق ص ٢٤١ .

انظر ايضا جميل الشرقاوى فى رسالته عن « نظرية بطلان التصرف القانونى » ص ٢٩٣ فقرة ١٠٣ بشأن بيع ملك الغير . وهو يشير بصفة عامة إلى استبعاد جزاء البطلان بنوعيه من التصرفات الواردة على ملك الغير . ويتجه إلى نطاق نظرية الفسخ للأخذ بالحلول التى يقترحها .

راجع بصفة خاصة فى بيع ملك الغير منصور مصطفى منصور العقود المسماه « البيع والمقايضة والايجار » ص ٢٤٢ ومابعدها — اسماعيل غانم مذكرات فى العقود المسماة « عقد البيع » ص ٢٠ وما بعدها . وهما يتفقان فى أن قابلية بيع ملك الغير للابطال لا يستند إلى أى اساس فنى من القواعد العامة . وإنما هو حكم اقتضته السياسة التشريعية لحكمة توخاها المشرع .

أما الدائن المرتهن وهو أحد طرفى التعاقد صاحب المصلحة فى البطلان ، فإنه لا يملك أن يجعل هذا العقد منتجا لآثاره بمجرد سكوته عن التمسك بالابطال . بل وهو لا يستطيع أيضا تصحيح العقد باجازة تصدر منه . والمعروف أن العقد الذى يكون قابلا للابطال ، يمكن تصحيحه باجازة من تقرر الابطال لصالحه .

هكذا يتضح لنا عصيان البطلان النسبى بأحكامه التقليدية عن الاستجابة إلى أحكام رهن ملك الغير .

والواقع أن النص الذى أتى به المشرع المصرى لا يمكن اسناده إلى حكم القواعد العامة فى البطلان المطلق أو النسبى .

فليس فى القواعد العامة فى انعقاد العقد وصحته ما يمكن الاستناد اليه للقول ببطلان الرهن لمجرد أن الراهن لم يكن مالكا للعقار المرهون وقت التعاقد. وكل ما يمكن أن يؤدى اليه منطق القواعد العامة هو حق الدائن فى التمسك بسقوط أجل الوفاء بالالتزام ، تطبيقاً لنص الفقرة الثالثة من المادة ٢٧٣ التى تقضى بسقوط هذا الأجل إذا لم يقدم المدين للدائن ماوعد فى العقد بتقديمه من التأمينات .

ولا يجوز القول ببطلان الرهن على أساس استحالة المحل باعتبار أن الراهن وقت التعاقد كان يستحيل عليه تنفيذ التزامه . ذلك أن الاستحالة التى يترتب عليها البطلان المطلق هى وفقاً للقواعد العامة الاستحالة المطلقة ، أى أن يكون الالتزام مستحيلا فى ذاته كما تقضى بذلك المادة ١٣٢ ، بحيث لايمكن لأى شخص أن يقوم بهذا الالتزام . أما استحالة محل الرهن فهى استحالة نسبية أو قاصرة . إذ أن هناك شخصا فى وسعه أن يقرر حق الرهن على العقار وهو المالك الحقيقى . والاستحالة النسبية لا تجعل العقد باطلا وفقاً للقواعد العامة .

ومن ناحية أخرى لا يمكن رد بطلان رهن ملك الغير إلى فكرة الغلط . فهو إن صدق فى حالة ما إذا كان الدائن المرتهن حسن النية يجهل عند التعاقد عدم ملكية الراهن للعقار ، فهو لا يصدق فى حالة علمه بأن الراهن

لا يملك العقار . ويبدو أن المشرع يجيز للدائن المرتهن أن يتمسك بالابطال فى هذه الحالة الأخيرة . ذلك أن نص المادة ١٠٣٣ جاء عاما فى التعبير عن عدم صحة الرهن دون تفرقة بين دائن يعلم أو يجهل عدم ملكية الراهن للعقار. وفضلا عن ذلك فإن المذكرة الايضاحية تشير إلى فكرة تحقيق الانسجام التشريعى بين بيع ملك الغير ورهن ملك الغير . والمسلم فى بيع ملك الغير أن للمشترى الحق فى طلب ابطال العقد ، حتى ولو علم عند التعاقد بعدم ملكية البائع للمبيع (١) .

وفى رأينا أن المشرع المصرى فى رهن ملك الغير استخدم اداة تجاوز الهدف الذى يتطلع إلى ادراكه . فالهدف هو وجوب أن يكون الراهن مالكا للعقار المرهون . فهل يعتبر البطلان النسبى لرهن ملك الغير هو الأداة القانونية الملائمة لادراك هذا الهدف ؟

إذا نظرنا إلى المالك الحقيقى فإن القول بعدم نفاذ التصرف فى مواجهته يكفى وحده لحمايته. وعلى هذا النحو لايتأثر حقه على العقار ، ولاحق خلفه العام أو دائنيه العاديين ، أو خلفه الخاص الذي يكتسب أي حق عيني على العقار . وعدم النفاذ يستفاد من القواعد العامة دون حاجة إلى تدخل المشرع .

وإذا اتجهنا إلى الدائن المرتهن لوجدنا الأمر لايخلو من أحد فرضين . فهو إما أنه يجهل عدم ملكية الراهن للعقار المرهون ، وهنا يحق له التمسك بابطال العقد وفقاً للقواعد العامة فى الغلط . وإما أنه تعاقد مع الراهن وهو عالم أنه غير مالك . وعندئذ ليس هناك مـبرر لتمكينه من التمسك بالا بطال ، مادام على علم بأن العقار غير مملوك للراهن . وكل ما يستطيع أن يفعله ، هو مطالبة الراهن بالحصول على ملكية العقار ، أوالحصول على اقرار المالك الحقيقى بالرهن ، وإلا فله حق التمسك بسقوط الأجل والمطالبة بالأداء الفورى للالتزام ،تطبيقا

---

(١) انظر منصور مصطفى منصور المرجع السابق ص ٢٤٧ - اسماعيل غانم المرجع السابق ص ٢٥ - وانظر بالنسبة لرهن ملك الغير عبد الفتاح عبد الباقى ص ٣١٩ وما بعدها .

لحكم المادة ٢٧٣ الذى يقضى بسقوط الأجل إذا أخل المدين بتقديم ماوعد فى العقد بتقديمه من تأمينات .

أما مسلك المشرع فى اعتبار العقد قابلا للابطال بصفة عامة فهو فى الحقيقة يجاوز الهدف الذى أراد ادراكه . اذ أن رهن ملك الغير لا يمكن أن يعتبر فى ذاته عقدا معيبا من الوجهة الفنية .

وكنا نفضل أن يستخدم المشرع صياغة اخرى تحقق غايته ، بدلا من ابتداع صورة مصطنعة للبطلان ، وهى صياغة نستعيرها من القانون الايطالى. فقد نصت المادة ٢٨٢٢ من هذا القانون على أنه « إذا انشأ الرهن شخص غير مالك الشيء ، فإنه لا يجوز اجراء القيد إلا من الوقت الذى يصبح فيه الراهن مالكا لهذا الشيء » (١) .

وواضح من النص المتقدم أن المشرع الايطالى لا يرى فى رهن ملك الغير أى عيب يبرر بطلانه(٢) ، إلا بتطبيق القواعد العامة فى الغلط بطبيعة الحال .

---

(١) انظر مقال بيير جيو السابق الاشارة اليه ص ٣٧ وهامش ٤ .

(٢) يذهب اتجاه معاصر فى الفقه الالمانى والايطالى إلى تقسيم التصرفات القانونية التى تتعطل آثارها إلى طائفتين ، وفقا لطبيعة العقبة التى تعوق ترتيب هذه الآثار . الطائفة الأولى هى التصرفات القانونية التى تصاب بعيب أصيل يكمن فيها ، وبالتالى يعوق ظهورها إلى عالم القانون . وهنا يتعلق الأمر بسلامة التصرف و صحته . والطائفة الثانية هى التصرفات التى يتوافر لها وجود قانونى ، والتى تلزم أطرافها ، ولكن العيب الذى ينسب اليها يعوق ترتيب آثارها . وهذا العيب بطبيعته جائز الزوال . وعندئذ تترتب كافة الآثار التى ينتجها التصرف ، دون حاجة إلى إعادة ابرامه . (انظر فى شأن هذا التقسيم المراجع الايطالية والالمانية المذكورة فى مقال جيو السابق الاشارة اليه ص ٧ هامش ١١٨) . ويقرر صاحب المقال أن المنطق القانونى البحت يقضى بأن شروط سلامة التصرف هى التى تتعلق بالعنصر الانشائى فيه . وتدور فقط حول الارادة ، أى الشروط المتصلة بوجود وتلاقى وصدق رضاء المتعاقدين . ويلحق بها ايضا شرط الأهلية ، والشروط الشكلية بوصفها مقررة لحماية الرضاء . وفيما عدا ذلك فهو يخرج عن نطاق الرضاء ويعتبر من قبيل الشروط اللازمة فقط لترتيب آثار التصرف القانونى . على أن المشرع ، وفقاً للسياسة التى يترسمها ، قد يدخل على شروط السلامة شروطا أخرى بتحديد القانون . وعندئذ لا يكون البطلان فقط هو الجزاء =

وكل ما فى الأمر أن مثل هذا العقد تتعطل آثاره بالنسبة للغير حتى يصبح الراهن مالكا . عندئذ يجوز قيد الرهن ، ويمكن الاحتجاج به على الغير .

وأما اقرار المالك الحقيقى للرهن فهو أمر يستفاد من القواعد العامة دون حاجة للنص عليه . فالشخص يجوز أن يرهن عقارا مملوكا له ضمانا للوفاء بالتزام على عاتق شخص آخر . وفى مثل هذه الحالة لا ينتج الاقرار أثره إلا من وقت قيد الرهن على اسم مالك العقار .

= الطبيعى على تخلف عنصر انشائى فى التصرف القانونى . وإنما قد يعتبر جزاء مخالفة شرط فرضه القانون . ويخلص صاحب المقال من تحليله إلى أن وجوب تملك الراهن للعقار المرهون لا يعتبر من الشروط الانشائية للتصرف القانونى ، وإنما هو شرط لازم فقط لترتيب الآثار القانونية للرهن . وهو يتأثر فى هذا الاتجاه بفكرة أن ملكية الراهن (أو المتصرف عامة) للعقار المرهون (أو الشيء محل التصرف عامة) أساسها أن الشخص يجب أن يكون صاحب ولاية فى التصرف ، أى أن يكون متمتعا بسلطة قانونية تجعل تصرفه منتجا لآثاره . (انظر تحليل هذا الاتجاه عند الفقيه الايطالى بتى – مذكور فى مقال جيو ص ٥ هامش ١٢) . فإذا تخلفت هذه الولاية أو السلطة تتعطل الآثار القانونية للتصرف دون أن يكون باطلا . وتتحرك هذه الآثار بأكملها إذا زالت العقبة فأصبح المتصرف مالكا للشيء الذى تصرف فيه بالبيع أو الرهن .

قرب وقارن شفيق شحاته فقرة ٩٢ وما بعدها – حيث يرى أن « الرهن الصادر من غير المالك يعتبر عقدا موقوفا لا صحيحا ولا باطلا » (ص ٨٢) . وانظر فى نقد هذه المحاولة عبد الفتاح عبد الباقى ص ٣١٨ هامش ١ .

وفى تقديرنا أن هذه المحاولة لها وجاهتها . فهى تشعر بأن الجزاء الذى ارتضاه المشرع فى مصر لرهن ملك الغير ، يجاوز الهدف الذى سعى إلى إدراكه . فهو لم يكن بحاجة إلى النص على عدم صحة مثل هذا التصرف . وكان الأولى به أن يقرر ، كما ذكرنا فى المتن ، أن رهن ملك الغير لا يجوز اجراء قيده إلا إذا تملك الراهن العقار المرهون ، أو أقر المالك الحقيقى الرهن . وإذا كان الدائن المرتهن غير عالم بأن الراهن غير مالك ، فله أن يتمسك بالابطال وفقاً للقواعد العامة فى الغلط . وإذا كان على علم بذلك ، فلا مبرر لاعطائه حق الابطال . ويكفى عندئذ أن يحتكم للقواعد العامة ، فيلزم المدين بالحصول على ملكية العقار ، أو رضاء المالك بالرهن ، أو تقديم ضمان عينى آخر . فإن لم يتيسر ذلك كله جاز له التمسك بسقوط الأجل والمطالبة بالأداء الفورى للالتزام وفقا لنص المادة ٢٧٣ .

على أن صراحة المشرع فى النص على عدم صحة رهن ملك الغير قد ألجأتنا ، كما ذكرنا فى المتن ، إلى التسليم بفكرة البطلان ، وتكييف الجزاء على أنه بطلان خاص من صنع القانون .

طبيعة بطلان رهن ملك الغير: على ضوء ما تقدم يبدو لنا أن المشرع المصرى جاوز بنص المادة ١٠٣٣ الغاية التى يسعى إلى تحقيقها. وأيا ما كان الأمر، وازاء وجود هذا النص فى احكام القانون الوضعى، فإننا نرى أن الجزاء الوارد فيه ليس هو البطلان المطلق (١)، ولا هو البطلان النسبي بنتائجه التقليدية، وإنما هو جزاء خاص أو نوع خاص من البطلان ابتدعه القانون، تمشيا مع نص المادة ١٠٣٢، الذى يقضى بوجوب أن يكون الراهن مالكا للعقار المرهون. وهو جزاء حدد المشرع نطاقه بقدر ما أصاب الرهن من عيب. فإذا زال العيب ارتفع فورا الجزاء. ويزول العيب بتملك الراهن للعقار المرهون، أو اقرار المالك الحقيقى للرهن.

تصحيح رهن ملك الغير: يجوز تصحيح الرهن فى حالتين عرض لهما المشرع فى المادة ١٠٣٣؛ ونجمل القول فيهما على النحو الآتى: —

---

(١) أنظر سليمان مرقس التأمينات العينية فى التقنين المدنى الجديد فقرة ٤٣ — حيث يقرر أن رهن ملك الغير لا يتفق حكمه فى القانون لامع حكم البطلان المطلق ولا مع حكم البطلان النسبى — ويرى تأصيل هذا الرهن عن طريق نظرية تحول العقد الباطل التى وردت فى المادة ١٤٤ من التقنين المدنى والتى تنص على أنه « إذا كان العقد باطلا أو قابلا للابطال وتوافرت فيه أركان عقد آخر، فإن العقد يكون صحيحاً باعتباره العقد الذى توافرت أركانه إذا تبين أن نية المتعاقدين كانت تنصرف إلى إبرام هذا العقد ». وتطبيقاً لحكم هذه المادة يمكن تحويل عقد رهن ملك الغير الباطل إلى عقد وعد بالرهن، ويترتب على عقد الوعد نشوء التزام على عاتق الراهن، وهو التزام بالعمل على تقرير حق الرهن. فإذا صار الواعد مالكا تم ما تعهد به، وإذا لم يكسب الواعد الملكية، فهو يوفى بتعهده وذلك بحمل المالك على إقرار التصرف، فإن فعل انقضى التزامه الشخصى المترتب على الوعد ونشأ الرهن بإقرار المالك مباشرة. وبذلك يكون رهن ملك الغير باطلا بطلانا مطلقا لاستحالة محله. ولكنه يتحول إلى وعد بالرهن إذا لم يتمسك المرتهن بالبطلان، وحينئذ لايترتب عليه نشوء حق الرهن إلا إذا وفى الراهن بالتزاماته الشخصية بأن كسب ملكية المرهون أو حمل مالكه على إقرار الرهن. ويبدو لنا أن هذه المحاولة لتأصيل حكم رهن ملك الغير تأثرت بالحرص على الاستناد إلى حكم ورد فى القواعد العامة للبطلان. ولكن يلاحظ عليها أن رهن ملك الغير لايتيسر التسليم ببطلانه بطلانا مطلقا لاستحالة محله. فالمحل موجود ومحدد بالذات وممكن التنفيذ عليه. ولكن النقص ينصب على تخلف شرط استلزمه المشرع فى الراهن وهو أن يكون مالكا للعقار المرهون. تخلف هذا الشرط يصيب العقد بجزاء يتحدد قدره بالعيب الذى أصاب الرهن، ويرتفع بزوال هذا العيب وذلك باكتساب الراهن ملكية العقار المرهون، أو إقرار المالك الحقيقى للرهن.

١ ــ الحالة الأولى ــ اكتساب الراهن ملكية العقار المرهون : يزول العيب الذى يهدد سلامة الرهن باكتساب الراهن ملكية العقار . عندئذ يصبح العقد صحيحا ، ويمتنع على الدائن المرتهن التمسك بابطاله .

ويلاحظ فى هذا الشأن أن الحق العينى الذى يكتسبه الدائن المرتهن على العقار لا يترتب إلا من وقت اكتساب الراهن للملكية العقار المرهون. وهو لا يحتج به على الغير إلا من تاريخ اجراء قيده على اسم المالك الجديد(١) .

٢ ــ الحالة الثانية ــ اقرار الرهن من المالك الحقيقى : يترتب على اقرار المالك الحقيقى للرهن توافر شرط ملكية الراهن للعقار المرهون ، و بالتالى زوال العقبة فى صحة التصرف القانونى .

وقد اشترط القانون أن يكون الاقرار فى ورقة رسمية أسوة بالعقد الأصلى(٢)،

---

(١) قد يتعرض حق الدائن المرتهن فى هذا الصدد للخطر . ويتحقق ذلك إذا لم يتيسر له العلم باكتساب الراهن ملكية العقار المرهون ، وبادر الراهن بمجرد كسب ملكية العقار إلى تقرير رهن عليه لصالح دائن آخر واجراء قيد هذا الرهن .

والمفروض أن الرهن الأول كان صحيحا مادام الدائن المرتهن لم يتمسك بابطاله ، وأن اكتساب الراهن ملكية العقار يؤكد هذه الصحة ويزيل العيب عن التصرف . فإذا افترضنا أن الرهن كان مقيدا على اسم الراهن قبل اكتسابه ملكية العقار ، فهل يمكن الاحتجاج بهذا القيد على أى دائن مرتهن آخر تقرر له حق الرهن على العقار بعد حصول الراهن على ملكية العقار .

هذا هو مايذهب إليه بعض الشراح الفرنسيين باعتبار أن الدائن المرتهن الأخير لايتعرض لاية مفاجأة من القيد السابق . فنظام القيد فى فرنسا شخصى يجرى على اسم الراهن. وبذلك فالدائن المرتهن الثانى فى وسعه أن يعلم بوجود الرهن الصادر من المدين قبل تملك العقار — انظر بيير جيو المقال السابق الذكر ص ١٧ — بهذا المعنى ايضا شانتو « التأمينات العينية على ملك الغير » رسالة من باريس سنة ١٩٠٠ ص ٦٦ .

ويستجيب هذا الرأى إلى تكييف هؤلاء الشراح لتملك الراهن للعقار على أنه تأكيد لصحة الرهن القديم ، وليس تقريراً لرهن جديد .

وغنى عن البيان أن مثل هذا الرهن لا يسرى فى مواجهة أى شخص اكتسب حقاً عينياً اصليا أو تبعيا من المالك الحقيقى للعقار . ذلك أن رهن ملك الغير لا يسرى فى حق المالك الحقيقى ، وخلفه العام والخاص .

(٢) انظر فى نقد اشتراط الشكل الرسمى للاقرار شفيق شحاته ص ٧٩ .

وعندئذ يصبح مالك العقار كفيلا عينيا ، لأنه قبل رهن عقار مملوك له ضمانا للوفاء بالتزام على عاتق الغير .

ولا يجوز الاحتجاج بهذا الاقرار على الغير إلا إذا أجرى قيد الرهن على اسم مالك العقار (١).

وغني عن البيان أن اقرار المالك للرهن لا يجوز أن يضر بالغير الذى اكتسب منه قبل ذلك حقا عينيا على العقار ، تم شهره وفقا للقانون .

والاقرار المنتج لآثاره هو الذى يصدر من المالك الحقيقى قبل تمسك الدائن المرتهن بابطال العقد . والرأى السائد أن الاقرار الذى يحرم الدائن من حق الابطال ، هو الذى يصدر قبل أن يرفع الدعوى . أما إذا صدر بعد رفع الدعوى ، فهو لا يمنع المحكمة من القضاء بالابطال ، باعتبار أنها تنظر الدعوى بالحالة التى كانت عليها وقت رفعها (٢) .

وقد يبدو لأول وهلة أن الدائن تتخلف مصلحته فى التمسك بالابطال بمجرد اقرار المالك الحقيقى للرهن ، وأنه يرحب بهذا الإقرار . ولكن الأمر يكون

---

(١) يثور بشأن الاقرار فى بيع ملك الغير بحث تنعدم جدواه بالنسبة للرهن . اذ يعرض التساؤل عن أثر اقرار المالك الحقيقى للبيع . هل يلتزم المالك المقر وحده بالبيع ويتحلل البائع من التزاماته ، أم ينضم المالك إلى البائع كما لو كان العقد قد صدر منهما معا ، أم تظل الالتزامات التعاقدية بين البائع والمشترى ؟ انظر فى هذه المشكلة منصور مصطفى منصور مذكرات فى البيع والايجار ص ٢٤٥ ومابعدها — سليمان مرقس موجز البيع والايجار ص ١٢١ ومابعدها — اسماعيل غانم مذكرات فى عقد البيع ص ٢٨ ومابعدها.

ومثل هذا البحث لا يعرض فى الرهن . إذ الواقع أن اقرار المالك الحقيقى للرهن يضفى عليه صفة الكفيل العينى ، فيصبح هو الطرف الأصيل فى عقد الرهن . ولما كان الرهن الرسمى لا يجرد مالك العقار من حيازته ، فإن الوضع الطبيعى هو الزامه بضمان سلامة الرهن. وفى هذا الشأن ينطبق حكم م١٠٤٨ فى حالة هلاك العقار المرهون أو تلفه . ويختلف هذا الحكم بحسب ما إذا كان الهلاك أو التلف بخطأ الراهن أو بسبب أجنبى . انظر دراستنا المفصلة لهذه المادة فى بحثنا لسلطة الراهن فى استعمال واستغلال العقار المرهون والتصرف فيه .

(٢) فى هذا المعنى منصور مصطفى منصور المرجع السابق ص ٢٤٨ .

على خلاف ذلك إذا كانت قيمة العقار مستغرقة بحقوق عينية تبعية أخرى، بحيث يصبح الضمان عديم الجدوى بالنسبة للدائن .

٤١ - يجوز أن تكون ملكية الراهن احتمالية :

يجوز للمالك ، إذا كانت ملكيته احتمالية ،أن يرهن العقار . والملكية الاحتمالية هي التي يكون سندها معلقا على شرط واقف . وإذا كان سند ملكية الراهن للعقار معلقاً على شرط واقف فالأمر لا يخلو من أحد فرضين . إما أن يتحقق الشرط فتصبح الملكية باتة بأثر رجعي ،ويسري الرهن من وقت نشوئه . وإما أن يتخلف الشرط ، فتزول ملكية الراهن بأثر رجعي ، وبالتالي يعتبر رهنه واقعاً على ملك الغير فيزول(١) .

لا يشترط إذن أن تكون الملكية باتة . بل ولا يلزم كذلك أن تكون خالصة للراهن . وإنما يصح أن تكون ملكية شائعة .

---

(١) ليس من المألوف فى العمل صورة رهن العقار المملوك ملكية معلقة على شرط واقف. على أنها أثيرت فى فرنسا ومصر فى ظل التقنين المدنى القديم بمناسبة بيع الوفاء . وهو البيع الذى بمقتضاه يحتفظ البائع لنفسه بحق استرداد العين المبيعة مقابل رد الثمن وذلك خلال مدة معينة. ويعتبر المشترى أنه مالك تحت شرط فاسخ ، هو استعمال خيار الاسترداد . ويتجه جانب كبير من الفقه إلى القول بأن البائع يعتبر فى نفس الوقت مالكا تحت شرط واقف . وذلك بحجة أنه فى كل مرة يملك شخص شيئاً تحت شرط فاسخ ، يجب أن يكون هناك مالك آخر تحت شرط واقف . وملكية البائع هنا معلقة على استعمال خيار الاسترداد . فإن استعمله عادت إليه العين المبيعة وكأنها لم تخرج من ملكه . ويترتب على هذا النظر أن البائع له قبل الاسترداد أن يرتب حقوقا عينية كالرهن الرسمى إذا كان المبيع عقاراً . فإذا تم الاسترداد ثبتت الحقوق التى قررها من قبل . وقد أثير الجدل حول مدى صحة هذا النظر ، ولكننا أصبحنا فى مصر فى غنى عنه . فقد جاء نص المادة ٤٦٥ من التقنين المدنى صريحا فى أنه إذا احتفظ البائع عند البيع بحق استرداد المبيع خلال مدة معينة وقع البيع باطلا .

أنظر انور سلطان شرح البيع والمقايضة الطبعة الثانية فقرة ٣١٦ ومابعدها .

٤٢- يصح أن تكون ملكية الراهن شائعة :

الفرض الذى نعالجه هو أننا بصدد عقار مملوك لأكثر من شخص واحد، وأن حصة كل منهم غير مفرزة ، بل شائعة فى العقار كله لا تنصب على جزء معين منه بالذات . ويعبر عن نصيب كل منهم بنسبة حسابية كالربع أوالثلث او النصف.

لا يدخل فى نطاق بحثنا أن نتناول بدراسة شاملة أحكام الملكية الشائعة. بل يعنينا فقط أن نعالجها بالقدر المتصل بشرط تملك الراهن للعقار المرهون . ويثور بشأنها التساؤل عن مدى حق المالك على الشيوع فى رهن العقار ، ومصير هذا الرهن بعد وقوع القسمة .

وقد تكفل التقنين المدنى بوضع حلول لهذه المسألة . منها ما جاء ذكره فى أحكام الشيوع بصدد أعمال التصرف بصفة عامة (م ٨٢٦ ، ٨٣٢) ، ومنها ما جاء متعلقاً بالرهن الرسمى فى المادة ١٠٣٩ بصفة خاصة.

٤٣ - الأسس الفنية التى نسترشد بها فى بيان الحلول التى قررها القانون :

يعنينا قبل التصدى لبيان الحلول الوضعية التى أقرها المشرع المصرى بشأن رهن العقار المملوك على الشيوع ، أن نلقى نظرة على الأسس الفنية التى تيسر تأصيل هذه الحلول .

هذه المحاولة كانت ومازالت من أدق المشاكل التى شغلت الفقهاء وأثارت بينهم الجدل(١) . على أن اتخاذ موقف بصددها أمر لازم لتفهم الأحكام

---

(١) أنظر فى دراسة هذه الأسس ديسرتو دراسة فى نظرية الأثر الكاشف رسالة إلى كلية حقوق ديجون ١٩٠٨ - شفالييه الأثر الكاشف للاتفاقات والعقود « رسالة إلى كلية حقوق رين ١٩٣٢ - ليبال الجزء الخامس مكرر فى مجموعة بودان فقرة ٦٩٩ ومابعدها - وبصفة خاصة =

التى نعالجها . وبعد ، فنظام التملك على الشيوع واسع الانتشار فى مصر ، على نحو يجعل لدراسته أهمية عملية تفوق أهميته القانونية . فمن المألوف فى مجتمعنا أن يتلقى الورثة أموالا عن مورثهم ، وتتراخى قسمة هذه الأموال إلى تاريخ يباعد بينه وبين وفاة المورث أجل طويل . ومن هنا تخضع ملكية الورثة خلال هذه الفترة لتنظيم خاص يستجيب إلى الحقيقة القائمة ، وهى أن كل وارث لا يختص بملكية خالصة لأموال معينة بالذات . بل ينصب حقه على كل الأموال الموروثة . ويترجم عنه بنسبة حسابية تعبر عن نصيب غير محدد . ثم يزداد الأمر تعقيداً حينما تنتهى حالة الشيوع بالطريقة المألوفة وهى القسمة. إذ يترتب عليها أن يختص كل شريك بملكية خالصة مفرزة لأموال معينة. حينئذ تعرض الناحية الدقيقة للمشكلة فيتعين النظر فى أمر التصرفات التى تمت خلال فترة الشيوع ، وتقرير مصيرها بعد زواله .

على أنه تنبغى الإشارة إلى أن الإحاطة الشاملة بجوانب تلك المشكلة يخرج عن نطاق بحثنا . ومن ثم ينحصر جهدنا فى العناية بتلك الأسس الفنية بالقدر اللازم فقط لتأصيل أحكام القانون المصرى بشأن رهن العقارات المملوكة على الشيوع .

لا نتوقف أمام طبيعة حق الشريك على الشيوع . فقد استقر الفقه الحديث بعد خلاف طويل ، على أنه حق ملكية . ولكنها ملكية تنفرد بما يميزها عن الصورة المألوفة لها . هذا الطابع الخاص مبعثه تعدد الملاك ، وتعلق حقوقهم

= روجيه ميرل « دراسة فى النظرية العامة للتصرف الكاشف » رسالة إلى كلية حقوق تولوز ١٩٤٩ ص ٢٠٧ وما بعدها (وقد استهدينا باتجاهات هذا المؤلف فى الحلول التى نرى الأخذ بها فى المتن) أنظر أيضا فى الفقه المصرى محمد على عرفه الملكية الجزء الأول فقرة ٣٢٣ — عبد المنعم البدراوى الحقوق العينية الأصلية فقرة ١٥٩ وما بعدها .

وراجع بصفة خاصة فى الفقه المصرى اسماعيل غانم الحقوق العينية الأصلية ج ١ ص ١١١ . وما بعدها — حسن كيره الحقوق العينية الأصلية ج ١ ص ٣٠٥ وما بعدها .

(١) انظر فى تفصيل تكييف حق الشريك المشتاع بأنه حق ملكية اسماعيل غانم المرجع السابق فقرة ٧٧ . حسن كيره المرجع السابق فقرة ١١١ .

بمحل واحد يتمثل فى المال الشائع .

فالملكية فى صورتها المألوفة الخالصة يتحدد وعاؤها على نحو يخول للمالك استئثاراً مانعاً ، بمعنى أنه ينفرد بمباشرة حقه على الشيء بالطريقة التى تروق له. وليس للغير أن يتدخل لتقييده أو حرمانه من مباشرته سلطاته . إلا بالتطبيق القانونى لنظرية التعسف فى استعمال الحق بطبيعة الحال .

أما فى الملكية الشائعة ، فيتقيد مضمون حق ملكية الشريك ، بما يخول من استعمال واستغلال وتصرف ، بحقوق الشركاء الآخرين . وبذلك يمتنع عليه الإنفراد بمباشرة تلك السلطات على نحو يضر بشركائه .

هكذا يتمثل حق الشريك على الشيوع فى أنه حق ملكية . ولكنها ملكية تتقيد فى السلطات التى تكفلها بوجوب عدم الاضرار بباقى الشركاء .ومرد ذلك أن للشركاء جميعا حقوق على المال الشائع . ومن ثم يتجرد حق الملكية من خصيصة الاستئثار المانع . ويتميز بسلطان جماعي لا ينبغى أن يهدره إنفراد شريك بإجراء تصرف يمس حقوق الآخرين (١) .

على ضوء هذا التكييف لطبيعة حق الشريك تتحدد الغاية من القسمة ، وتتبين آثارها . فهى تهدف إلى تخليص الملكية مما يشوبها من غموض . وترمى إلى تمكين كل متقاسم من استرداد حريته المسلوبة فى التمتع المطلق بسلطات المالك .ويتحقق ذلك بتحديد وعاء واضح لملكية كل شريك، على نحو يكفل له أن يختص بأموال على سبيل الإنفراد ، يباشر عليها حقه دون مزاحم .

وتتمثل وظيفة القسمة فى تعيين النطاق المادى لحق كل شريك ، وتحقيق المطابقة بينه وبين النطاق المعنوى أو الحسابى .فإذا كان يملك ثلث العقار مثلا ، فإن هذا الثلث نسبه حسابية لا تنصب على جزء مادى محدد فى العقار ، بل

---

(١) أنظر حكم محكمة النقض الفرنسية المنشور فى سيرى ١٩٣٧ القسم الأول ص١٩١. ويقرر إن حق كل شريك مشتاع يرد على المال الشائع كله ، وهو حق ملكية لا يقيده إلا الحقوق المتساوية للشركاء الآخرين على نفس المال .

تنصرف إلى العقار كله . تأتى القسمة فيترتب عليها انكماش النطاق المادى على نحو يجعله مطابقا للنطاق المعنوى ، فيتحدد نصيب الشريك بجزء مفرز يعادل ثلث العقار (١) .

هذه الغاية التى ترمى إليها القسمة يعبر عنها بأن القسمة ترتب أثرا كاشفا. وهو ذلك الأثر الذى يكشف عن ملكية شابها غموض . ويكفل للمالك أن يباشر سلطاته على المال الذى وقع فى نصيبه على نحو مطلق ، بعد أن زالت القيود التى كانت تحد منها .

فالقسمة لا تكسب المتقاسم حقا جديدا ، بل تعلن عن حق كان قائما من قبل . كل ما فى الأمر أنها تزيل عن هذا الحق صفة الشيوع فتحصره فى نطاق مفرز ينفرد به المتقاسم وحده دون مزاحمة سائر المتقاسمين .

ولا يجوز نفى الأثر الكاشف للقسمة ، على أساس أنها لا تقتصر على مجرد الاعتراف بوضع قانونى سابق دون تغيير فيه ، وإنما تتجاوز ذلك إلى تحويل حق المتقاسم من حق شائع إلى حق مفرز . ذلك أن المدلول الحديث للتصرف الكاشف لا يقتصر على اعتباره مجرد « تصرف إقرارى أو اعترافى » .بل إن التصرف الكاشف اذ يستند إلى حق سابق ، فهو لا ينعقد لمجرد تقرير وجود هذا الحق أو الاعتراف به . وإنما يصح له إزالة الغموض الذى كان يشوب الحق فى وصفه السابق ، أو رفع العقبات التى كانت تعوق مباشرته على النحو المألوف (٢) .

وعلى ضوء ماتقدم يمكن الإبقاء على الأثر الكاشف للقسمة مع الاعتراف بمدلوله على النحو السابق بيانه . وبذلك تنتهى القسمة إلى « مجرد التغيير فى محل الحق القائم قبلها أو التحديد منه . وهو ماينعكس أثره على صاحب الحق

---

(١) راجع ميرل الرسالة السابق الإشارة اليها فقرة ١٧١ ، ١٧٣ .

(٢) انظر فى هذا المعنى اسماعيل غانم المرجع السابق ص ٢١٠ — حسن كيره المرجع السابق ص ٣٨٠ — راجع ايضا رسالة ميرل السابق الاشارة اليها فقرة ٢٠٨ ومابعدها .

فيصيره واحدا بعد أن كانوا عدة ، وعلى وصف الحق فيجعله استئثاريا مانعا بعد أن كان شائعا » (١) .

على أن الفقه انتزع من هذا الأثر الكاشف نتيجة أخرى مقتضاها أن القسمة يرتد أثرها إلى الماضى ، وهو ما يعبر عنه بالأثر الرجعى لها . وقدتأثر المشرع المصرى بهذه النتيجة فسجلها فى م ٨٤٣ بقوله « يعتبر المتقاسم مالكا للحصة التى آلت اليه منذ أن تملك فى الشيوع وأنه لم يملك غيرها شيئاً فى بقية الحصص » .

مقتضى هذه الصياغة التقليدية للأثر الرجعى أن كل شريك يعتبر مالكا للحصة التى آلت إليه منذ بدء الشيوع ، وأنه لم يملك شيئا من الأموال التى اختص بها باقى الشركاء .

ويترتب على ذلك أن حق كل شريك على النصيب المفرز بالقسمة يرتد إلى تاريخ بدء الشيوع ، وأن الشركاء الآخرين لم تثبت لهم الملكية أصلا على هذا النصيب . وهو مايعنى الغاء فترة الشيوع واعتبارها كأن لم تكن .

وقد قيل ، تبريرا لهذا الافتراض ، أنه يفسر حكم التصرفات القانونية التى يعقدها أحد الشركاء أثناء الشيوع بشأن ما وقع فى نصيب شريك آخر . فإذا رهن مثلا عقارا مملوكا على الشيوع ، ثم أجريت القسمة فاختص الشريك الآخر بملكية هذا العقار ، لا يسرى الرهن فى مواجهته استنادا إلى فكرة الأثر الرجعى ، لأن الشريك الأول يعتبر وكأنه لم يملك العقار أبدا . ومن ثم يكون رهنه بمثابة رهن لملك الغير .

على أن هذا الأساس محل نظر ، ذلك أنه يقوم على افتراض مخالف للواقع . فكيف السبيل إلى إنكار حالة شيوع امتدت خلال فترة معينة من الزمن ، كان لكل شريك خلالها حق ملكية ينصب على المال الشائع كله .

ينبغى إذن أن نتلمس أساسا يستجيب إلى الواقع . ويتيسر ذلك بالنظر إلى

---

(١) حسن كيره ، المرجع السابق ص ٣٨٣ .

التصوير القانونى للأثر الكاشف ، واتخاذ موقف من الأثر الرجعى على ضوء هذا التصوير .

فإذا ما نظرنا إلى الأثر الكاشف وجب علينا التسليم بحقيقتين . الأولى تتمثل فى أن ذلك الأثر لا يعنى أن القسمة تنقل إلى الشريك ملكية جديدة ، بل هى تقرر فقط هذه الملكية بطريقة مانعة تخول له الاستئثار المطلق بما يؤول إليه من نصيب مفرز . والحقيقة الثانية هى أن الشيوع استمر قبل هذا التحديد خلال فترة معينة لا يمكن إنكارها ، وأن حق كل شريك خلال هذه الفترة لم يكن طليقا ، بل كانت تقيده حقوق الشركاء الآخرين .

على ضوء هذا النظر اتجه رأى إلى تحديد فكرة الأثر الرجعى للقسمة . اذ ينبغى أن تقتصر فقط على حماية الشركاء من التصرفات التى انفرد أحدهم باجرائها أثناء قيام الشيوع . فهى لا تسرى فى مواجهتهم لأن الشريك تجاوز مضمون حقه حينما ابرم هذه التصرفات . وبذلك تكون الغاية من الأثر الرجعى هى حماية كل متقاسم من أن يتلقى نصيبه المفرز مثقلا بحق انفرد أحد الشركاء بتقريره من قبل (١) .

ولعله من الأسلم العدول نهائيا عن الأثر الرجعى للقسمة ، بما يتضمن من صناعة وافتراض مخالف للواقع ، والالتجاء إلى وسيلة أخرى تكفل حماية الشركاء من التصرفات التى ينفرد بها أحدهم اثناء قيام الشيوع .

---

(١) كان هذا هو الرأى الذى ذهبنا اليه فى الطبعة الأولى لهذا الكتاب ص ٨٩ ومابعدها. وتأثرنا فى هذا الشأن باصرار المشرع وصراحته فى تقرير الأثر الرجعى كما ورد فى المادة ٨٤٣ . وبدا لنا أن خير وسيلة للتخفيف من حدة هذا الاصرار ، هو التضييق من فكرة الأثر الرجعى فى حدود الغاية من تقريره . وراعينا فى هذا الشأن ماقد يثار علينا من اعتراضات إذا ما قلنا بانكار الأثر الرجعى على نحو مطلق ازاء صراحة المشرع فى المادة ٨٤٣ .

على أن التأمل فى الحلول الوضعية التى أخذ بها المشرع بشأن التصرف فى المال الشائع ، دفعتنا إلى العدول عن الرأى المتقدم . فالواقع أن هذه الحلول لا تستقيم مع فكرة الأثر الرجعى . وفضلا عن ذلك فإن التسليم به يفضى إلى نتائج أخرى خطيرة وفاسدة ، بحيث يصبح من الأفضل اهدار الأثر الرجعى بمعناه التقليدى القائم على الصناعة والافتراض ، والاكتفاء بالأثر الكاشف المستمد من الحقيقة والواقع . راجع فى هذا المعنى حسن كيره المرجع السابق ص ٣٨٧ ومابعدها — اسماعيل غانم المرجع السابق فقرة ١١٠ ومابعدها .

ويمكن تلمس هذه الوسيلة فى الوقوف عند المعنى الحديث للأثر الكاشف للقسمة . وقد مضت الاشارة إلى أن التسليم بحقيقة قيام الشيوع خلال فترة معينة هو أمر يستجيب إلى الواقع ولا يجوز اغفاله .

وحق الشريك المشتاع هو حق ملكية يرد على الشىء الشائع كله . ولكنه يختلف عن حق المالك المنفرد فى أن نطاقه المادى — وهو الشىء الشائع كله — لا يطابق نطاقه المعنوى .

ومادام الشريك المشتاع لا يستأثر بنصيب مفرز أثناء قيام الشيوع ، بل تتزاحم حقوق الشركاء على الشىء كله ، فإنه من الضرورى أن تتقيد سلطة كل شريك فى التصرف بعدم الاضرار بحقوق الشركاء الآخرين .

وتأتى القسمة فتخص كل متقاسم بنصيب مفرز يطابق الحصة المعنوية التى كانت له على الشىء كله اثناء قيام الشيوع . وهو يتلقى هذا النصيب محررا من كل حق أو عبء قرره عليه شريك آخر . ولا تترتب هذه النتيجة على أساس الأثر الرجعى للقسمة .وإنما هى نتيجة. حتمية لتشابك حقوق الشركاء اثناء قيام الشيوع ، وعدم جواز انفراد أحدهم بالتصرف إضرارا بحقوق الآخرين .

على ضوء هذا النظر يظهر عدم جدوى الأثر الرجعى . فتصرف الشريك اثناء الشيوع ولو أنه صادر من مالك ، فهو لا يسرى فى مواجهة شركائه ، إذا كان فيه مساس بحقوقهم . وذلك لأنه تجاوز مضمون حقه ، فانفرد باجراء تصرف لم يكن له ولاية ابرامه ، نتيجة لتزاحم حقوق زملائه مع حقه. بل ويلاحظ أن الأثر الرجعى المزعوم الذى أقره المشرع فى المادة ٨٤٣ ، يتنافى مع الحلول الوضعية التى أخذ بها بشأن التصرف فى الشىء الشائع بصفة عامة ، وبصدد الرهن بصفة خاصة (١) . وسيتضح لنا ذلك فى دراسة الرهن

---

(١) راجع فى فساد اطلاق الأثر الرجعى اسماعيل غانم المرجع السابق فقرة ١١١ — حسن كيره المرجع السابق ص ٤٠٧ .

الصادر من جميع ملاك العقار الشائع ، أو الرهن الصادر من أحد الشركاء على جزء مفرز من العقار .

فالحلول التى أخذ بها المشرع تتناقض مع القول بأن الشريك الذى يتصرف فى عقار شائع ، لم يقع فى نصيبه بعد القسمة ، قد تصرف فى ملك الغير . وتستقيم مع الاعتراف بحق ملكية الشريك على العقار الشائع كله . ولكنها ملكية لم تكن خالصة ، وإنما تزاحمت عليها وتشابكت فيها حقوق جميع الشركاء (١) .

ولعل فى وسعنا الآن أن نعالج الحلول التى أتى بها المشرع المصرى بشأن رهن العقار المملوك على الشيوع ، وقد وردت فى المادة ١٠٣٩ من التقنين المدنى . على أنه تنبغى الاستعانة أيضا بما جاء فى النصوص المتعلقة بالتصرف فى المال الشائع ، فهى تصدق على الرهن ، إذ يعتبر عملا قانونيا يدخل فى حظيرة أعمال التصرف .

وسيتضح من دراستنا التحليلية لنصوص القانون كفاية فكرة الأثر الكاشف للقسمة لتأصيل احكام القانون الوضعى ، وعدم جدوى فكرة الأثر الرجعى بل تناقضها مع هذه الأحكام .

ويقتضى بحث هذه الأحكام التفرقة بين فرضين . الأول هو صدور الرهن من الشركاء مجتمعين ، والثانى انفراد أحدهم أو البعض منهم دون الآخر بتقرير الرهن .

---

(١) لهذه الاعتبارات يذهب اتجاه حديث فى الفقه المصرى إلى وجوب الغاء نص المادة ٨٤٣ من التقنين المدنى – فى هذا المعنى اسماعيل غانم المرجع السابق فقرة ١١٣ – كما يقرر الزميل حسن كيره إزاء وجود هذا النص فى القانون الوضعى أن « ارادة المشرع المصرى الحقيقية – رغم نص المادة ٨٤٣ – منصرفة كما يتضح من النصوص الأخرى إلى انكار الأثر الرجعى للقسمة . وما كان تعبيره بالرجعية فى المادة ٨٤٣ إلا من قبيل اساءة التعبير عما يريده من خلوص النصيب المفرز المقسوم لكل شريك متقاسم خلوصا كاملا لا يتأثر بتصرفات شركائه السابقة ، دون أى قصد حقيقى إلى انكار الواقع من قيام فترة الشيوع أو افتراض أن هذا النصيب كان دائما ومنذ بدء الشيوع مملوكا ملكية خالصة استئثارية لهذا المتقاسم وحده » – حسن كيره المرجع السابق ص ٤٠٧ .

٤٤ - الرهن الصادر من جميع الشركاء :

قضت المادة ١٠٣٩ من التقنين المدنى فى فقرتها الأولى بأنه « يبقى نافذا الرهن الصادر من جميع الملاك لعقار شائع . أيا كانت النتيجة التى تترتب على قسمة العقار فيما بعد أو على بيعه لعدم إمكان قسمته » .

تعالج هذه الفقرة الحالة التى يصدر فيها الرهن من جميع الشركاء .وتقرر استمرار نفاذ هذا الرهن أيا ماكان مصير العقار . فإذا تعذرت القسمة وترتب على ذلك بيع العقار ، ورسا المزاد على شخص من الغير ، فى القواعد العامة ما يبرر الحكم الذى أخذ به المشرع . ذلك أننا بصدد تصرف قانونى نقل الملكية ،وصدر من الشركاء مجتمعين إلى من رسا عليه المزاد . ولما كان هؤلاء الشركاء أنفسهم قد رهنوا العقار من قبل ،فإن مضمون الحق العينى التبعى الذى يتمتع به الدائن المرتهن يخول له تتبع العقار فى أى يد كان . وعلى ذلك يفضى التتبع إلى القول بأن الرهن ينفذ فى مواجهة الشخص الذى رسا عليه المزاد .

أما إذا وقع العقار كله فى نصيب أحد الشركاء أو بعض منهم فقط ، سواء كان ذلك نتيجة القسمة أو لأن المزاد رسا عليهم ، فهنا أيضا قضى المشرع المصرى بنفاذ الرهن الصادر من جميع الملاك . ويسرى هذا الحكم سواء خصت القسمة كل شريك بنصيب من هذا العقار ، أو جاء العقار كله فى نصيب أحد منهم دون الآخرين . وهو حكم مأخوذ عن القانون الفرنسى (١) الذى عدل فى هذا الشأن ١٩١٠ . ذلك أن عدم وجود نص يحكم هذه الحالة أثار الخلاف فى الفقه والقضاء . إذ استند البعض إلى إطلاق فكرة الأثر الرجعى للقول بأن وقوع العقار فى نصيب شريك واحد ، معناه أن الآخرين لم يملكوه

---

(١) الفقرة الثانية فى م ٢١٢٥ من التقنين الفرنسى ، وقد أضيفت بقانون صدر فى ٣١ ديسمبر ١٩١٠ . راجع بلانيول وريبير وبيكيه ج ١٢ فقرة ٤٢٤ — بيدان وليبال ج ٥ مكرر فقرة ٧٤١ .

من قبل . وعلى هذا فصدور الرهن منهم لم يكن صحيحا لأنهم قد رهنوا ملك الغير .

هذا النظر كما قدمنا معيب ، وأساسه هو الصياغة التقليدية لفكرة الأثر الرجعى . فالقول بأن الشركاء جميعا رهنوا ملك الغير ، بوقوع العقار فى نصيب أحدهم يخالف الواقع (١) . ذلك أنهم حينما أبرموا هذا التصرف كان لكل منهم حق ملكية شائعة على العقار المرهون كله . واشتراكهم جميعا فى رهن العقار الشائع ، يعبر عن ارادة جماعية بالرضاء بهذا التصرف . وبذلك يتعين الابقاء عليه ايا ما كانت نتيجة القسمة . وبعبارة أخرى فإن رهن العقار الشائع من جميع الشركاء ، هو تصرف قانونى صحيح لصدوره ممن كان له ولاية التصرف وقت اجرائه . ولا يجوز للمتقاسم الذى وقع العقار فى نصيبه أن يتذمر ، لأنه افصح عن رضائه بالرهن (٢) .

وبهذا التصوير المتقدم لا يكون الحكم الوارد فى الفقرة الأولى من المادة ١٠٣٩ استثناء من القواعد العامة كما يقول بعض الشراح (٣) . بل ينطبق حكمها على الرهن الحيازى . وعلى هذا النحو يقع صحيحا الرهن الحيازى الذى يقرره جميع الشركاء اثناء قيام الشيوع . ويظل قائما حتى ولو اختص احد المتقاسمين دون غيره بالشىء المرهون .

٤٥ ـ انفراد أحد الشركاء أو بعضهم بتقرير الرهن :

قدمنا فى تحديد الطبيعة القانونية لحق الشريك المشتاع ، أنه حق ملكية يرد على كل المال الشائع . ولكنه حق يتقيد بحقوق الشركاء الآخرين وسلطاتهم

---

(١) أنظر الفقرة السابقة رقم ٤٣ فى نقد فكرة الأثر الرجعى .

(٢) فى هذا المعنى ايضا اسماعيل غانم المرجع السابق فقرة ٦٥ — حسن كيرة المرجع السابق فقرة ١١٨ . انظر دراستنا التالية لهذه المشكلة بصدد الرهن الحيازى .

(٣) فى هذا الاتجاه شفيق شحاته فقرة ١١١ — عبد الفتاح عبد الباقى فقرة ٤٣٥ مكرر — سليمان مرقس ص ٣٤٦ هامش ١ .

المماثلة على ذلك المال . ومن ثم فالأصل فى رهن العقار وجوب توافر إجماع رأى الشركاء .

على أن إجماع الرأى غير ميسور التحقيق فى كل الأحوال . وقد تمس الحاجة إلى تدبير مال عاجل للانفاق على العقار بتحسينه أو توجيه طريقة استغلاله على نحو يجلب مزيدا من الربح . فلا يتيسر ذلك إلا برهنه والحصول على قرض بضمان ذلك الرهن .

لذلك تجاوز المشرع عن اشتراط إجماع الآراء للتصرف ، فأباح فى المادة ٨٣٢ من التقنين المدنى لأغلبية الشركاء التى تمثل من يملكون ثلاثة أرباع المال الشائع على الأقل : أن يقرروا التصرف فيه إذا قامت مبررات قوية تدعو إلى ذلك ، وعلى الأغلبية إعلان قرارهم إلى باقى الشركاء . ويجوز لكل واحد من هؤلاء أن يتظلم من هذا القرار خلال شهرين من إعلانهم به وإلا نفذ القرار فى حق الجميع . فإذا وقع التظلم ، فالمحكمة بين أن تأمر بالقسمة إذا كان ذلك ميسورا دون إضرار بمصالح الشركاء ؛ وإلا فلها أن تقضى على ضوء ما تقدر من ظروف بتنفيذ قرار الأغلبية أو إلغائه . وهى توازن فى هذا الشأن بين المبررات التى دفعت الأغلبية إلى تقرير التصرف ، وتلك التى جعلت الأقلية تعارض فيه .

هذا الحكم الوارد بشأن التصرف فى المال الشائع بصفة عامة : يصدق بطبيعة الحال على رهن العقار . ذلك أن الرهن يعتبر كما قدمنا من أعمال التصرف .

ولكن ماذا يكون الحال إذا انفرد أحد الشركاء بتقرير الرهن ، أو قام به نفر من الشركاء لا يمثلون الأغلبية التى تقتضيها نص المادة ٨٣٢ . نعلم فى هذا الشأن أن تصرف الشريك المشتاع فى المال الشائع هو تصرف صادر من مالك . ولكن الملكية هنا يحد من إطلاقها فى نطاق التصرف أنها شائعة ، وبالتالى تتقيد بحقوق الشركاء الاخرين . وعلى هذا النحو فالتصرف الفردى وإن جاز القول بصدوره ممن يملكه ، فهو يتعثر فى آثاره نتيجة لعدم سريانه فى مواجهة باقى الشركاء .

على ضوء ماتقدم نتأمل فى الفروض المختلفة التى ينفرد فيها الشريك بتقرير الرهن . فهو قد يرهن العقار الشائع كله ، أو يرهن حصته الشائعة . وأخيراً قد يرد الرهن على جزء مفرز من العقار .

قدم لنا المشرع الحلول الواجب الأخذ بها فى الفقرة الثانية من المادة ١٠٣٩ ، فنص على أنه « إذا رهن أحد الشركاء حصته الشائعة فى العقار أو جزءا مفرزا من هذا العقار ثم وقع فى نصيبه عند القسمة أعيان غير تلك التى رهنها ، انتقل الرهن بمرتبته إلى قدر من هذه الأعيان يعادل قيمة العقار الذى كان مرهونا فى الأصل ، ويعين هذا القدر بأمر على عريضة . ويقوم الدائن المرتهن بإجراء قيد جديد يبين فيه القدر الذى انتقل إليه الرهن خلال تسعين يوما من الوقت الذى يخطره أى ذى شأن بتسجيل القسمة . ولا يضر انتقال الرهن على هذا الوجه برهن صدر من جميع الشركاء ولا بامتياز المتقاسمين » .

على ضوء ما جاء فى هذه المادة نتناول بالبحث الفروض التى سبقت الإشارة إليها .

١ - **رهن كل العقار الشائع** : لا يجوز للشريك كما قدمنا أن ينفرد برهن العقار الشائع أو التصرف فيه بصفة عامة ، وذلك احتراماً لما لبقية الشركاء من حقوق متماثلة على العقار . وعلى هذا النحو لا ينفذ التصرف فى مواجهتهم إلا فى نطاق ما يملك الشريك من حصة شائعة . ويظل كذلك حتى يتحدد مصيره بالقسمة وما تفضى إليه . فان جاء العقار كله فى نصيبه عند القسمة ، فلا تثور صعوبة حيث يستقر الرهن وينتج كافة آثاره . وإذا لم يرد العقار كله فى نصيبه ، فالرهن لا ينفذ إلا فى القدر الذى اختص به الشريك الراهن ، ومازاد عن ذلك لا يسرى فى مواجهة الشركاء ، لأنه لم يكن يملك الانفراد بالتصرف فيه . هذا الحل يستجيب إلى الأسس الفنية التى سبق لنا تحليلها . ذلك أن المتقاسم إذ تخلص له ملكية نصيب محدد بالقسمة ، لا يحتج عليه بالتصرفات التى

أجراها غيره من الشركاء أثناء قيام الشيوع على هذا النصيب (١).

٢ - **رهن الحصة الشائعة:** القاعدة العامة بشأن التصرف فى حصة شائعة أنه صحيح . ذلك أن الشريك فى هذه الحالة لايعتدى بتصرفه على حقوق باقى الشركاء ، بل هو يباشر حقه فى النطاق الجائز له . وفى هذا المعنى تقرر المادة ٨٢٦ أن « كل شريك فى الشيوع يملك حصته ملكا تاماً . وله أن يتصرف فيها » .

وتطبيقاً لما تقدم يجوز للشريك المشتاع أن يرهن حصته الشائعة . ويقع الرهن صحيحا ونافذا فى حق الشركاء دون توقف على رضائهم .

فإذا أجريت القسمة تحققت المطابقة بين النطاق المادى والنطاق الحسابى

---

(١) لم يتعرض المشرع صراحة لحكم رهن العقار الشائع كله فى نص المادة ١٠٣٩ . ولم يعالج فرض التصرف فى المال الشائع كله بصفة عامة فى المادة ٨٢٦ .

وقد ذهب الاتجاه السائد فى مصر إلى اعتبار تصرف الشريك المشتاع فى كل الشىء (ويصدق الحكم على الرهن ايضا) صحيحا فى القدر الموازى فقط لحصته الشائعة ، وقابلا للابطال فيما يزيد على أساس صدوره من غير مالك .

فى هذا المعنى شفيق شحاته فى الحق العينى فقرة ١٤٣ ، وفى التأمينات العينية فقرة ١٠٩ — أنور سلطان فى البيع والمقايضة الطبعة الثانية فقرة ٤١٥ — محمد على عرفة فى الملكية فقرة ٣٠٣ — عبد المنعم البدراوى فى الحقوق العينية الاصلية فقرة ١٣٥ .

راجع فى المعنى الذى نؤيده فى المتن اسماعيل غانم المرجع السابق فقرة ٦٩ — حسن كيره المرجع السابق فقرة ١٢١ . وهما يتفقان فى أن التصرف فى العقار الشائع (بالبيع أو الرهن) يكون صحيحا بين أطرافه على أساس اعتباره صادراً من مالك . وبذلك لا يحق للمتصرف اليه (المشترى أو الدائن المرتهن) طلب ابطاله إلا إذا كان يجهل أن ملكية المتصرف للعقار هى ملكية شائعة غير مفرزة .

على أن هذا التصرف الفردى لا ينفذ فى حق الشركاء فيما يجاوز الحصة الشائعة للشريك الراهن . وبذلك يحق لهم المبادرة برفع دعوى الاستحقاق لتأكيد حقوقهم الشائعة على العقار المرهون . ويكون لهم كذلك — بالاجماع أو بالاغلبية القانونية — اقرار مثل هذا التصرف بما يحقق نفاذه فى حق الجميع . انظر حسن كيره المرجع السابق ص ٣٣١ — اسماعيل غانم المرجع السابق ص ١٣٨ .

لحق الشريك ، واستقر حق الدائن على نصيب مفرز بعد أن كان واردا على حصة شائعة (١) .

ولكن يدق الأمر إذا لم يقع فى نصيبه أى جزء من العقار الذى رهن فيه حصته الشائعة . وإنما اختص بعقار آخر كان يتضمنه الشيوع . مثال ذلك أن يرث شخصان منزلا ، وأرضا زراعية ، ويستمران فى تملك كل منها على الشيوع . فاذا رهن أحد الورثة حصته الشائعة فى المنزل ، ثم أتت القسمة فخصته بالأرض ، فما حكم ذلك الرهن ؟

فى هذا الشأن قضت المادة ١٠٣٩ فى فقرتها الثانية بأن الرهن ينتقل إلى بعض من الأعيان التى جاءت فى نصيبه بالقدر المعادل للحصة الشائعة التى رهنها . فتقدر قيمة الحصة الشائعة فى المنزل ويقرر الرهن على قدر من الأرض يعادل هذه القيمة (٢) .

ويتم انتقال الرهن على النحو المتقدم وفقا للاجراءات المنصوص عليها فى المادة ١٠٣٩ ، وذلك بأمر على عريضة يعين القدر الذى انتقل إليه الرهن .

---

(١) يعتبر ورود الرهن على النصيب المفرز اثرا طبيعيا للقسمة لا تطبيقاً لفكرة الحلول العينى. فى هذا المعنى حسن كيره ص ٣٤٣ هامش ٢ — اسماعيل غانم ص ١٥٣ ، قارن منصور مصطفى منصور فى رسالته عن الحلول العينى فقرة ١٣٨ . والواقع أن حق الدائن المرتهن يرد على المقابل النقدى للحصة المرهونة فى العقار . فإذا تحددت هذه الحصة بنصيب مفرز استقر الرهن على المقابل النقدى لهذا النصيب . راجع ماتقدم فى الصياغة المختارة للحق العينى التبعى والمفهوم الوسع لمضمون حق الافضلية .

ويلاحظ أن حلول أجل الدين قبل وقوع القسمة يجيز للدائن المرتهن التنفيذ بحقه على الحصة المرهونة الشائعة . اسماعيل غانم الاشارة السابقة .

(٢) وفى هذه الحالة يكون انتقال الرهن إلى جزء مفرز من العقار الذى لم يكن مرهونا ، إعمالا لفكرة الحلول العينى ، ذلك أن حق الرهن ينتقل إلى عقار لم يكن مقررا عليه أصلا . ويلاحظ فى هذا الشأن أن الانتقال لا يتحقق إلا إذا كانت العين التى وقعت فى نصيب الشريك الراهن يجوز أن يرد عليها الرهن الذى كان مقررا من قبل على الحصة الشائعة فى العين الاخرى . فإذا كان الرهن رسميا مثلا ، واسفرت القسمة عن اختصاص الشريك الراهن بمنقولات فقط ، فهنا لاينتقل الرهن اليها . ذلك أن الرهن الرسمى لايرد إلا على العقار .

وعلى الدائن المرتهن أن يقوم بإجراء قيد جديد يبين فيه ذلك القدر ، وذلك خلال تسعين يوما من الوقت الذى يخطره فيه أى ذى شأن بتسجيل القسمة ، وإلا فقد مرتبته القديمة التى كان يتمتع بها .

٣ - رهن الحصة المفرزة : يلاحظ هنا أيضا أن الشريك المشتاع له أن يرهن حصة مفرزة ، وذلك لأنه يتمتع بحق ملكية عليها . ولكن هذا الحق يقيده حقوق الشركاء الآخرين . ومن ثم لا ينفذ الرهن فى مواجهتهم . ويتحدد مصيره النهائى بالقسمة .

بذلك يقع الرهن صحيحا فيما بين أطرافه . ولا يجوز للدائن المرتهن أن يطالب بابطال العقد إلا إذا كان يجهل أن الشريك الذى رهن حصة مفرزة من العقار لا يملكها ملكية خالصة . وهذا تطبيق مطلق للقواعد العامة فى الغلط . وقد أكده المشرع فى المادة ٨٢٦ بقوله « وللمتصرف إليه إذا كان يجهل أن المتصرف لا يملك العين المتصرف فيها ملكية مفرزة ، الحق فى ابطال التصرف » .

أما إذا كان الدائن المرتهن على علم بصفة الشريك المشتاع ، فهنا يمتنع عليه بصريح نص المادة ٨٢٦ أن يتمسك بالابطال . ويقطع هذا الحكم بأن رهن الحصة المفرزة أو التصرف فيها عامة لا يعتبر تصرفا فى ملك الغير .

على أن صحة الرهن لا تعنى نفاذه فى حق باقى الشركاء . ذلك أن الشريك المشتاع يتقيد باحترام حقوق زملائه . وانفراده بالتصرف فى حصة مفرزة يجاوز مضمون حق الملكية الشائعة .

ويحق لهؤلاء الشركاء قبل القسمة رفع دعوى الاستحقاق لتأكيد حقوقهم الشائعة على الجزء المفرز المرهون . كما يصح لهم أيضا اقرار الرهن ، وعندئذ ينفذ فى حقهم أيا ما كانت نتيجة القسمة (١) .

---

(١) حسن كيره المرجع السابق ص ٣٢٣ — اسماعيل غانم المرجع السابق ص ١٣٨ — انور سلطان فى البيع والمقايضة الطبعة الثانية فقرة ٤١٦ .

ويتحدد المصير النهائي لرهن نصيب مفرز بنتيجة القسمة . فاذا وقع الجزء المفرز في نصيب الشريك الراهن ، تتأكد صحة الرهن . بل يزول عنه القلق الذي كان يهدده ، وذلك بانقضاء الشيوع واستئثار الشريك الراهن بالحصة المفرزة المرهونة على سبيل الانفراد ودون مزاحمة .

ولكن ما الحكم إذا أسفرت القسمة عن وقوع الجزء المفرز المرهون فى نصيب شريك آخر . هنا تخلص لهذا الشريك ملكية ذلك الجزء المفرز محررة من الرهن المقرر عليها . ذلك أن الأثر الكاشف للقسمة ، كما قدمنا ، يكفل لكل متقاسم أن يختص بحصة نظيفة . فلا يعتد اذن بما رتبه عليها الآخرون من حقوق وتكاليف عينية .

على أن المشرع من ناحية أخرى لم يتوقف عند هذا الحد ، بل قدر أن الشريك حينما رهن جزءا مفرزاً أثناء قيام الشيوع لم يرهن ملك الغير . وإنما كان رهنه مقيداً بحقوق الشركاء . وعلى ذلك عمد إلى الإبقاء على هذا الرهن وقرره على النصيب التى آل إلى الشريك الراهن مستنداً فى تأصيل هذا الحكم إلى فكرة الحلول العينى (١) .

وهو فى هذا الحل يستجيب إلى طبيعة حق الشريك المشتاع ، وتداخله مع حقوق الشركاء الآخرين . فهو أولا لا يلزم أحد المتقاسمين بالرهن المقرر من شريك آخر على النصيب الذى آل اليه . ولكن فى نفس الوقت يبقى على هذا الرهن ويبدل محله ، فيوقعه على النصيب الذى آل إلى الراهن . ويتم الانتقال شأنه شأن الحالة السابقة ، بأمر على عريضة يحدد قدر الأعيان التى ينتقل إليها الرهن . ويتعين على الدائن المرتهن إجراء قيد جديد خلال تسعين يوما من

---

(١) فى هذا المعنى حسن كيره ص ٣٣٧ – قارن منصور مصطفى منصور فى رسالته عن الحلول العينى فقرة ٩٦ حيث ينقد الحلول العينى فى هذه الصورة – راجع فى نقد هذا الاتجاه حسن كيره الاشارة السابقةهامش ١ – انظر ايضا اسماعيل غانم المرجع السابق ص١٤٣ هامش حيث يقرر الصفة الاستثنائية للحلول العينى فى هذه الصورة .

الوقت الذى يخطره فيه أى ذى شأن بتسجيل القسمة . وإلا فقد المرتبة التى كان يكفلها له القيد القديم .

مما تقدم يتبين لنا أن المادة ١٠٣٩ من التقنين المدنى قد أعملت مبدأ الحلول العينى وطبقته فى كل مرة لا يقع العقار المرهون فى نصيب الشريك الراهن. وقررت انتقال الرهن بقدر قيمة مارهن من حصة شائعة أو مفرزة فى عقار ، إلى أعيان أخرى من بين تلك التى وقعت فى نصيب الراهن . وأوجبت إجراء هذه العملية بواسطة أمر على عريضة . وفى هذا الشأن ألزمت الدائن المرتهن بإجراء قيد جديد .

وليس المقصود من إجراء هذا القيد اكتساب مرتبة جديدة، بل الغاية منه هو المحافظة على المرتبة القديمة . هذا يقتضى من الدائن أن يجرى القيد الجديد خلال تسعين يوما من اليوم الذى يخطره فيه ذوى الشأن بتسجيل القسمة .

على أنه يلاحظ أن المشرع أضاف حكما هاما ، وهو أن انتقال الرهن على النحو المتقدم لا ينبغى أن يضر بفريق معين من أصحاب الديون المفضلة .

فهو أولا لا يضر الدائن الذى اكتسب حقه بمقتضى رهن صدر من جميع الشركاء . وإنما يتقدم هذا الدائن ، على المرتهن من شريك رهن حصة مفرزة ، إذا انتقل هذا الرهن إلى حصة أخرى آلت إلى هذا الشريك . حتى ولو أجرى القيد الجديد فى الموعد الذى يحدده القانون . ولإيضاح هذا التزاحم نقدم المثال الآتى :

نفرض أن ا ، ب يملكان أرضاً زراعية على الشيوع . رهن ا الجزء الغربى مثلا من هذه الأرض وقيد الدائن المرتهن حقه . ثم رهن الشريكان معاً الجزء الشرقى وقيد الدائن الثانى حقه فى تاريخ لاحق . ثم تمت القسمة فأسفرت عن وقوع الجزء الشرقى فى نصيب ا . تطبيقا لحكم المادة ١٠٣٩ ينتقل حق الدائن المرتهن الأول إلى قدر من الأعيان التى وقعت فى نصيب ا . ويتعين على هذا الدائن إجراء قيد جديد للمحافظة على مرتبته القديمة . على أن ذلك الانتقال

لا ينبغى أن يضر بالدائن الذى ارتهن من الشريكين مجتمعين . وعند التزاحم يفضل أولا ذلك الدائن . ثم يأتى بعده فى المرتبة الدائن الآخر الذى ارتهن من شريك واحد ، وانتقل حقه من الحصة المفرزة المرهونة إلى قدر معادل لها من الأعيان التى آلت إلى الشريك الراهن .

كذلك أيضا لا يجوز أن يضر هذا الانتقال بامتياز متقاسم العقار . وسنفصل هذا الحكم فى دراستنا لحقوق الامتياز العقارية الخاصة . فسيتبين لنا أن الشركاء الذين اقتسموا عقاراً ، لهم حق امتياز عليه تأميناً لما قد تخوله القسمة من حق رجوع كل منهم على الآخرين . هذا الامتياز تتحدد مرتبته بالقيد . ومع ذلك فهو يفضل حق الدائن المرتهن الذى انتقل حقه على النحو المتقدم (١) .

تعلق حق الدائن المرتهن بالمقابل النقدى الذى يستحقه الشريك الراهن

قدمنا فى دراسة مضمون حق الأفضلية (٢) أن حق الدائن المرتهن يرد على المقابل النقدى الذى يستحق عن العقار المرهون .

تطبيقاً لهذه الصياغة المطلقة إذا لم يقع فى نصيب الشريك الراهن أى عين من الأعيان التى رهنها ؛ بل اختص مقابل حصته بمبلغ من النقود ؛ فإن الدائن المرتهن يتعلق حقه بهذا المبلغ (٣) .

ويكفى فى سبيل تأكيد الأخذ بهذا الحل الرجوع إلى نص المادة ١٠٥٦ التى تقرر « يستوفى الدائنون المرتهنون حقوقهم قبل الدائنين العاديين من ثمن العقار المرهون ، أو من المال الذى حل محل العقار » (٤) . تطبيقاً لهذا النظر الواسع

---

(١) راجع فى تفصيل ذلك دراستنا لامتياز متقاسم العقار فى الباب المخصص لحقوق الامتياز .

(٢) أنظر ماتقدم فى صياغة الحقوق العينية التبعية فقرة ٢٨ ، فقرة ٣٢ فى تأكيد الصفة العينية لحق الدائن المرتهن وتوسيع مضمون الأفضلية .

(٣) راجع بصفة خاصة فى بيان هذا الاتجاه فى مضمون حق الأفضلية اسماعيل غانم فى رسالته عن الذمة المالية فقرة ٥٥ ، الحقوق العينية الاصلية ص ١٥٢ — وفى تأييده ماتقدم فى هذا الكتاب فقرة ٣٢ ، حسن كيره ص ١٣٥ ، وما بعدها ــ ص ٣٤٠ هامش ١

(٤) ويستند الفقه فى تأييد هذا الحل إلى فكرة الحلول العينى ، وهو الاتجاه الذى يستفاد أيضا من الأعمال التحضيرية للقانون المدنى . راجع عبد الفتاح عبد الباقى فقرة ٣٥ ، والظر ما سيأتى فى دراستنا لحق الأفضلية .

لمضمون حق الأفضلية قضى المشرع فى المادة ١٠٤٩ بصدد هلاك العقار أو تلفه بأن الرهن ينتقل بمرتبته إلى التعويض أو مبلغ التأمين أو الثمن الذى يقرر مقابل نزع ملكيته للمنفعة العامة .

٤٥ - مكرر استجابة المشرع فى الحلول السابقة للأصول الفنية التى تحكم الشيوع - تقرير حماية خاصة بالدائن المرتهن رهنا رسميا فى المادة ١٠٣٩ :

اتضح لنا مما تقدم أن الشريك يتمتع خلال فترة الشيوع بحق ملكية يتميز بطابع خاص . يبرز ذلك أولا بالنظر إلى محل الحق . إذ لا يختص الشريك باستئثار مانع على ذلك المحل . بل يتعدد الملاك بقدر عدد الشركاء . وينصب هذا التعدد على محل واحد هو المال الشائع كله .

ثم ينعكس هذا الطابع الخاص ، نتيجة للخصيصة الأولى ، على مضمون حق الملكية بما يخول من سلطات التصرف والاستغلال والاستعمال . فحق الشريك فى مباشرة هذه السلطات يتقيد بمزاحمة الشركاء الآخرين . ومن ثم يتجرد من التسلط الانفرادى الذى تتميز به الملكية فى صورتها المألوفة ، ويتمثل فى تسلط جماعى يعبر عن مصالح الشركاء مجتمعين .

ووظيفة القسمة هى فض الشيوع ورد الملكية إلى صورتها المألوفة ، بإزالة التعدد الوارد على محل الملكية ، وإقصاء المزاحمة عن السلطات التى تخولها .

يتحقق ذلك بالكشف عن محل مفرز يستأثر به كل متقاسم . ويترتب على هذا الكشف أن يتحرر المتقاسم من القيود التى كانت تحد من مضمون حقه ، فينفرد بمباشرة سلطاته دون أن يزاحمه أحد . وهذا هو الأثر الكاشف للقسمة .

على أن ذلك الأثر الكاشف لا ينبغى الإسراف فى تفهم معناه . فهو لا يهدر الشيوع ، ذلك الوضع القانونى الذى قام واستمر فترة سابقة . بل يجب التسليم

بوجوده بما كان يحيط به من طابع خاص يتميز بتجريد كل شريك من حق الانفراد بالتصرف فى المال الشائع على نحو يلحق الضرر بسائر الشركاء .

على ضوء الإقرار بتلك الحقيقـــة التى دامت فترة من الزمن ، يتحدد نطاق الأثر الكاشف للقسمة . فهو يفضى إلى القول بأن كل متقاسم يتلقى الحصة المفرزة التى اختص بها محررة من القيود والتكاليف العينية التى انفرد بتقريرها شريك آخر أثناء الشيوع . ذلك أنه بهذا الانفراد خالف قواعد الملكية الشائعة ، وتجاوز مضمون حقه كشريك مشتاع (١) .

هذه هى خلاصة الأصول الفنية التى رأينا الأخذ بها . وهى فى تقديرنا تستقيم مع الأحكام التى وضعها المشرع المصري فى رهن العقار المملوك على الشيوع ، ومصير هذا الرهن بعد فض الشيوع بالقسمة . فقد أفصح عن رغبة ظاهرة فى الإبقاء على كل رهن قرره أحد الشركاء فى حدود مضمون حقه أثناء قيام الشيوع . وهوبذلك يستجيب إلى الواقع فلا ينكر فترة الشيوع . ولكنه يحمى كل متقاسم ، فيكفل له أن تخلص إليه حصته محررة من كل رهن انفرد شريك آخر بتقريره . ذلك أن هذا الشريك قد تجاوز بتصرفه حدود السلطات المقررة له كشريك مشتاع (٢) .

على أن المشرع لم يقنع فى الرهن الرسمى بما أورده من أحكام عامة تحكم التصرف فى المال الشائع ومصيره بعد القسمة . بل آثره علاوة على ذلك بأحكام خاصة ألقى بها فى المادة ١٠٣٩ من التقنين المدنى .

---

(١) أنظر ميرل الرسالة السابق الإشارة اليها ص ٣٢٨ فقرة ٢٤١ ، ص ٣٤٠ فقرة ٢٥٠ وراجع ماتقدم فقرة ٤٣ .

(٢) هذا النظر فى تأصيل أحكام القانون المصرى ينفى فكرة الأثر الرجعى التقليدى ويتجه إلى تفسير المادة ٨٤٣ من التقنين المدنى تفسيراً ضيقاً وهى التى تقضى بأن «يعتبر المتقاسم مالكاللحصة التى آلت إليه منذ أن تملك فى الشيوع ولم يملك شيئاً غيرها فى بقية الحصص» . راجع فى هذا المعنى حسن كيره المرجع السابق ص ٤٠٧ — وفى ضرورة الغاء المادة ٨٤٣ اسماعيل غانم المرجع السابق فقرة ١١٣ — وانظر ماتقدم فقرة ٤٣ .

هذا الإيثار ينفرد به الرهن الرسمى ، ويعبر عن حرص خاص من جانب المشرع فى حماية الدائن المرتهن رهناً رسمياً . ونعنى بذلك ماأورده فى نص هذه المادة ، كما سبق البيان ، مقرراً « أنه إذا رهن أحد الشركاء حصته الشائعة فى العقار أو جزءاً مفرزاً من هذا العقار ، ثم وقع فى نصيبه عند القسمة أعيان غير التى رهنها . انتقل الرهن بمرتبته إلى قدر من هذه الأعيان يعادل قيمة العقار الذى كان مر هوناً فى الأصل » .

تعالج هذه المادة الصورة التى ينصب فيها الشيوع على مجموعة من العقارات. وتحكم فى هذا الشأن بأنه إذا رهن أحد الشركاء حصته الشائعة فى عقار أو جزء منه ، ثم وقع فى نصيبه عند القسمة أعيان أخرى غير التى رهنها ، انتقل الرهن بمرتبته إلى قدر من هذه الأعيان يعادل قيمة المرهون (١) .

هذا الحكم ينفرد به الرهن الرسمى . فهو لم يرد فى القاعدة العامة التى تحكم التصرف فى المال الشائع ، والتى جاءت فى المادة ٨٢٦ بقولها «إذا كان التصرف منصباً على جزء مفرز من المال الشائع ولم يقع هذا الجزء عند القسمة فى نصيب المتصرف إليه ، انتقل حق المتصرف إليه من وقت التصرف إلى الجزء الذى آل إلى المتصرف بطريق القسمة »

تتناول القاعدة العامة فى التصرف ، كما هو مستفاد من نص المادة السابقة ، الصورة التى يرد فيها التصرف على جزء مفرز من نفس المال ، ثم تقع القسمة فيختص المتصرف بجزء مفرز آخر . ويكون ذلك مثلا بصفة خاصة فى أرض زراعية مملوكة على الشيوع . فقد يتصرف الشريك فى قطعة منها معينة الحدود ثم تفضى القسمة إلى وقوع قطعة أخرى فى نصيبه . تطبيقاً للقاعدة السالفة ينتقل التصرف إلى هذه القطعة الأخيرة .

ذهب المشرع بشأن الرهن الرسمى فى المادة ١٠٣٩ إلى أبعد من ذلك ، فآثره بحكم خاص ، حيث أجاز ذلك الانتقال ، فى غير الصورة السابقة ، فى حالة

---

(١) أنظر فقرة ٥٤ فى بيان طريقة هذا الانتقال .

تعدد العقارات المملوكة على الشيوع . فحكم بأن الرهن المقرر من شريك على حصة شائعة أو جزء مفرز من عقار ، ينتقل فى حدود قيمة الرهن إلى قدر من الأعيان التى اختص بها هذا الشريك إذا لم يقع العقار المرهون فى نصيبه (١) .

هذا هو مجمل أحكام التقنين المدنى بشأن رهن العقار المملوك على الشيوع ، ومنه نخلص إلى نتيجة هامة تتصل بشخص الراهن . وهى أن ملكية العقار لا يلزم أن تكون خالصة بل قد تكون شائعة . بل ولا يشترط أن تكون باتة كما قدمنا ، بل يجوز أن تكون احتمالية.

على أن القاعدة العامة هى وجوب أن يكون الراهن مالكا للعقار المرهون .

---

(١) راجع فى هذا المعنى عبد الفتاح عبد الباقى فقرة ٢٢٤ مكرر ، ٤٣٥ مكرر — شفيق شحاته فى النظرية العامة للتأمين العينى فقرة ١١٢ . قارن سليمان مرقس فقرة ٤٩ ، عبد المنعم البدراوى الحقوق العينية الأصلية فقرة ١٢٥ . ويلاحظ فى هذا الشأن ما جاء فى مجموعة الأعمال التحضيرية الجزء السادس ص ٨١ وما بعدها . فقد كانت المادة ١١٩٤/٢ من المشروع التمهيدى (أصبحت م ٨٢٦ فى التقنين) تقضى بأنه « إذا كان التصرف منصبا على جزء مفرز من المال الشائع ، فلا يكون للتصرف أثر إلا إذا وقع هذا الجزء عند القسمة فى نصيب الشريك الذى صدر منه التصرف » . ثم عدلت هذه الفقرة أمام لجنة المراجعة فأصبحت كما هى الآن فى المادة ٨٢٦ . وجاء فى تقرير لجنة المراجعة ما يستفاد منه أن هذا التعديل يتفق والأحكام الواردة فى م ١٠٣٩ بشأن الرهن . على أن هذا القول لا ينبغى أن يؤخذ على إطلاقه . فالمادة ٨٢٦ تعالج فقط صورة التصرف فى جزء مفرز من المال الشائع . ومن ثم يفضى تطبيقها إلى انتقال حق المتصرف اليه من ذلك الجزء إلى الجزء الآخر الذى آل إلى المتقاسم فى نفس المال . أما المادة ١٠٣٩ فتذهب إلى أبعد من ذلك ، إذ تنص على انتقال رهن الحصة الشائعة أو الجزء المفرز من عقار إلى أعيان أخرى وقعت فى نصيب المتقاسم . ذلك التفسير يعززه الاختلاف الظاهر فى صياغة المادتين . فالمادة ١٠٣٩ تنفرد ببيان رهن الحصة الشائعة . وهذا يفيد أنها تعنى حالة تعدد العقارات . إذ لو اقتصر حكمها على عقار واحد فقط ، ما كان المشرع فى حاجة إلى بيان حكم الحصة الشائعة . لأن تطبيق القواعد العامة يفضى إلى تقرير الرهن على نصيب الشريك فى العقار بعد إفرازه ، ومن ثم لا نكون هنا بصدد انتقال الرهن . الانتقال لا يتصور فى رهن الحصة الشائعة إلا فى حالة تعدد العقارات . فتقدر قيمة هذه الحصة فى العقار المرهون ، وينتقل الرهن إلى قدر مماثل من الأعيان الأخرى التى وقعت فى نصيب الراهن .

قارن اسماعيل غانم المرجع السابق ص ١٤٢ هامش ١ ، ص ١٥٣ — وانظر دراستنا التالية للرهن الحيازى وجواز تطبيق حكم م ١٠٣٩ عليه .

هذا الحكم يصيبه استثناءات ، يرتد البعض منها إلى حماية الأوضاع الظاهرة ، والبعض الآخر يتناول حماية الدائن المرتهن حسن النية فى حالة زوال الملكية بأثر رجعى.

٤٦ - حماية الأوضاع الظاهرة [(١)] - حكم رهن المالك الظاهر :

كثيرا ما يقع فى الحياة العملية أن يظهر شخص فى نظر الكافة بمظهر المالك ، ويتعامل مع الغير حسن النية بهذه الصفة الظاهرة . فيحكم القانون رغم ذلك بصحة التصرفات القانونية التى يعقدها ، وسريانها فى مواجهة المالك الحقيقى.

هذا الحكم ، كما يبدو لأول وهلة ، يتضمن خروجا واضحا على كثير من المبادىء الأساسية فى القانون المدنى . فهو يهدر المبدأ الذى يقضى بقصور آثار التصرفات القانونية على أطرافها . إذ هو يلزم المالك الحقيقى وهو أجنبى عن التعاقد ، بتصرف عقده المالك الظاهر لصالح شخص آخر . وهو يناقض حكما يرتد أصله إلى تاريخ بعيد ، وقوامه أنه لا يجوز للشخص أن ينقل إلى الغير من الحقوق أكثر مما له (٢) . إذ يترتب على الاعتداد بتصرف المالك الظاهر ، تقرير حقوق للغير على مال لم يكن مملوكا للمتصرف . وأخيرا إذا اقتصرنا فقط على الرهن . نجد أن الاعتراف برهن المالك الظاهر يخالف نص

---

(١) أنظر فى تفصيل نظرية الأوضاع الظاهرة ريبير وبولانجيه جزء ١ رقم ٣٦٨ - هنرى مازو مقال فى المجلة الفصلية للقانون المدنى ١٩٢٤ ص ٩٢٩ عن مبدأ « الغلط الشائع يخلق القانون Error Communis Facit Jus » - فرانسوا جورف « مبدأ حسن النية » رسالة إلى كلية حقوق باريس ١٩٢٨ ص ١٨٣ ومابعدها - فوان «حسن النية» رسالة إلى كلية حقوق بوردو ١٩٣٩ ص ٣٦١ وما بعدها - انسكلوبيدى دالوز الجزء الأول ص ٢٦٠ وما بعدها .

وراجع بصفة خاصة فى هذا الموضوع رسالة الزميل عبد الباسط جميعى عن « نظرية الأوضاع الظاهرة » (على الآلة الكاتبة) رسالة مقدمة إلى كلية الحقوق بجامعة القاهرة سنة ١٩٥٥.

(٢) ترجم المغفور له الأستاذ عبد العزيز فهمى هذه القاعدة اللاتينية فى القانون الرومانى بقوله « لا يملك الإنسان أكثر مما ملك » أنظر كتابه فى ترجمة قواعد وآثار رومانية ١٩٤٧ ص ١٢ .

المادة ١٠٣٢ فى فقرتها الثانية التى تقضى بوجوب أن يكون الراهن مالكا للعقار المرهون .

على هذا النحو يبدو أن الاعتداد بالأوضاع الظاهرة لا يستجيب إلى الأصول القانونية البحتة . ومع ذلك فقد اعتد بها المشرع المصرى فى مواضع متفرقة من التقنين المدنى ، وأطلق تطبيقها قضاء بعض البلاد الأجنبية . وفى ذلك كله تصوير صادق لانتصار الواقع على القانون فى بعض الأحوال .

ويتجه الفقه الحديث إلى تأييد المشرع وتشجيع القضاء على التوسع فى حماية من يطمئن إلى وضع ظاهر ؛ فيقبل على التعامل وهو يعتقد فى صحته . والحكمة من ذلك الاتجاه هى كفالة أمن التعامل ، وتيسير المعاملات بلا قلق أو تردد . فكثيرا ما يتعذر على الشخص وهو يتعامل مع مالك شىء معين أن يعلم علم اليقين إذا ما كان الوضع الظاهر لهذا المالك ينبىء عن الحقيقة . فقد يتخذ الشخص فى نظر الكافة مظهر المالك ويحيط مركزه بما يحمل على الاعتقاد بذلك بل وقد يتوافر حسن النية لدى المالك نفسه . حينئذ ينبغى الإبقاء على ما عقد . من تصرفات تأمينا لاستقرار المعاملات وتيسيرا لتداول الأموال . والقول بغير ذلك يشيع فى نفوس الناس روحا من القلق والتحفظ ، فيحمل الكافة على الإسراف فى الاحتياط ، والإمعان فى التحرى على نحو قد ينعكس أثره على التعامل القانونى فيصيبه الكساد (١) .

لهذه الاعتبارات مجتمعة استجاب المشرع المصرع إلى حماية الأوضاع الظاهرة (٢) . على أن الإحاطة بها تتجاوز نطاق بحثنا . ومن ثم نجتزىء منها ما يخص المالك الظاهر ، حتى يتيسر لنا بيان حكم الرهن الرسمى الذى يقرره .

---

(١) انسكلوبيدى دالوز الجزء الأول ص ٢٦٠ فقرة ٢ وما بعدها .

(٢) أنظر على سبيل المثال نص المادة ١٠٧ فى النيابة الظاهرة ، ونص المادة ٣٣٣ بشأن الوفاء إلى الدائن الظاهر .

حكم رهن المالك بسند صورى : جاء التطبيق الهام لحماية من يثق فى ملكية ظاهرة فى نص المادة ٢٤٤ من التقنين المدنى ، وهى تقرر ما يأتى « إذا أبرم عقد صورى فلدائنى المتعاقدين وللخلف الخاص ، متى كانوا حسنى النية ، أن يتمسكوا بالعقد الصورى . كما أن لهم أن يتمسكوا بالعقد المستتر ويثبتوا بجميع الوسائل صورية العقد الذى أضر بهم (١) » .

قد تتحقق الملكية الظاهرة عن طريق الصورية . مثال ذلك أن يبيع الشخص عقارا بيعاً صوريا ، فيكون المشترى هنا مالكا ظاهراً للعقار . وقد يرهن المشترى الصورى هذا العقار ، فيثور التساؤل عن حكم هذا الرهن ، ومركز الدائن المرتهن إذا ما أراد التنفيذ على العقار .

غنى عن البيان أن الدائن المرتهن من المشترى يعتبر خلفا خاصا له . وقد قضت المادة ٢٤٤ بأن للخلف الخاص متى كان حسن النية أن يتمسك بالعقد الصورى . وهنا يبدو اعتداد المشرع المصرى بالوضع الظاهر . فالمشترى مالك ظاهر للعقار ، ومع ذلك أقر القانون الرهن الذى يقرره على هذا العقار لصالح دائن حسن النية . وحسن النية معناه أن يجهل الدائن صورية الوضع الظاهر ، فلا يعلم بأنه يستر حقيقة خفية أفرغها المتعاقدان فى ورقة ضد Contre lettre أعدت لتكون سرا بينهما . والمفروض فى الدائن أنه حسن النية ، ومن يدعى غير ذلك فعليه عبء إثبات مايدعيه (٢).

هكذا خرج المشرع المصرى عن القاعدة العامة فى وجوب تملك الراهن

---

(١) راجع السنهورى الوسيط جزء ٢ ص ١٠٨٨ — اسماعيل غانم أحكام الالتزام جـ ١ فقرة ١٠٤ وما بعدها — أنور سلطان احكام الالتزام فقرة ١٥١ وما بعدها .

(٢) اسماعيل غانم المرجع السابق ص ١٧٦ فقرة ١١٤ — السنهورى الوسيط جزء ٢ ص ١١٠٢ .

للعقار المرهون . فاعتد هنا بالملكية الظاهرة (١) . والحكمة من الاستثناء واضحة . فقد أفصح المتعاقدان عن إرادة أعلنت للغير فى التصرف الصورى ، فوضع الدائن ثقته فى هذه الإرادة . وهى ثقة مشروعة جديرة بالحماية ، لأنه فى مركز لا يمكنه من العلم بحقيقة الأمر . فلا ينبغى أن يهدر حقه ، لأنه اعتمد على إرادة ظاهرة لم يكن فى وسعه أن يتعرف على غيرها . هذه الإرادة البينة تخالف الإرادة الحقيقية للمتعاقدان . ومع ذلك فيجب تغليبها ، لأن الغير قد اطمأن اليها ، فحملته على اعتقاد كاذب بأن المشترى الصورى هو مالك العقار (٢)

وتنتفى الحكمة من حماية الدائن المرتهن الذى يتعامل مع مالك ظاهر إذا ما تبين علمه بالحقيقة المستورة . حينئذ لا يحق له أن يتمسك بالإرادة المعلنة ، لأنها لم تبعث فى نفسه الثقة . والعبرة فى تحديد حسن النية بوقت تعامله مع المشترى الصورى ، وهو مفترض كما قدمنا ، وعلى من يدعى خلاف ذلك أن يثبت ما يدعيه .

على أن الأمر قد يدق إذا ما رهن البائع (وهو المالك الحقيقى) هذا العقار . حينئذ تتعارض مصلحتان . فالدائن المرتهن من المشترى من صالحه أن يستند إلى الوضع الظاهر الذى اصطنعه المتعاقدان . بينما تظهر مصلحة دائن البائع فى أن ينفذ إلى الحقيقة فيكشف الوضع المستتر .

---

(١) انظر بصفة خاصة رسالة عبد الباسط جميعى السابق الاشارة اليها ص ٢٧٤ ، حيث يرى أن إعمال العقد الصورى لصالح الغير الحسن النية إنما يرجع إلى أن المظهر الواقعى المخالف للحقيقة يجب أن تتولد عنه بالنسبة لهذا الغير نفس الآثار التى كانت تتولد لو استجمع هذا المظهر العناصر التى تحقق له الوجود القانونى الصحيح . ويخلص من ذلك إلى أن أحكام صورية هى مجرد تطبيق لنظرية المظهر .

(٢) أنظر فى بيان معيار الإرادة البينة رسالتنا إلى كلية حقوق باريس « تحقيق الالتزام الإرادى فى القانون المصرى » ١٩٥٢ — وفى اتخاذ هذا المعيار كأساس لنظرية الثقة وتطبيقها على الصورية ص ١٧٦ — ١٩٥ .

أجاز المشرع ، بمقتضى نص المادة ٢٤٤ ، للدائن المرتهن من البائع (١) (وهو خلف خاص له) أن يتمسك بالوضع المستتر فيثبت صورية التصرف الظاهر بكافة طرق الإثبات .

ولكنه حكم بشأن التعارض بين من يتمسك بالوضع الظاهر ، ومن يستند إلى الوضع المستتر بتغليب مصلحة الأول . فقضت المادة ٢٤٤ فى فقرتها الثانية بأنه « إذا تعارضت مصالح ذوى الشأن فتمسك بعضهم بالعقد الظاهر وتمسك الآخرون بالعقد المستتر كانت الأفضلية للأولين .

يستجيب هذا الحكم إلى حرص المشرع على حماية الثقة المشروعة ، وتأمين استقرار المعاملات . وعلى هذا النحو فهو يفضل الدائن المرتهن من المالك الظاهر ، على من اكتسب حقه من المالك الحقيقى . (٢)

ومما تنبغى الإشارة إليه فى هذا الشأن أن هذا الحكم يصدق حتى ولو كان الدائن المرتهن من البائع قيد حقه قبل الدائن المرتهن من المشترى . ذلك أن قاعدة الأسبقية فى القيد لا تحكم التزاحم على الأفضلية إلا حيث يكتسب الدائنون حقوقهم من راهن واحد. أما هنا فنحن بصدد تنازع بين دائنين تلقى كل منهما رهنه من

---

(١) يلاحظ فى هذا الشأن أن الدائن الذى يرتهن العقار من البائع قبل إبرام التصرف الصورى قد تنتفى مصلحته فى الطعن بالصورية . ذلك أن حقه يكفل له أن يتتبع العقار فى أى يد كان فلا يعنيه أمر هذا التصرف . على أن تلك المصلحة قد تتوافر إذا لم يكن قيد رهنه . حينئذ ينبغى عليه أن يهدم الوضع الظاهر ليتوصل إلى بقاء العقار على ملكية البائع فيتيسر له قيد الرهن . بل ويستفاد أيضا من بعض أحكام القضاء المختلط أن مصلحة الدائن المرتهن فى التمسك بصورية تصرف الراهن قد تظهر حتى ولو كان حق الدائن مقيداً ، وذلك حتى يتفادى إجراءات تتبع العقار تحت يد الغير ، فينفذ عليه على أنه مملوك لمدينه الراهن (وهو البائع) . وفى صورة عملية عرضت أمام القضاء المختلط طعن الدائن المرتهن فى تصرف البائع بالصورية ، لأنه كان قد اتخذ إجراءات نزع الملكية فى مواجهته ، فخشى إن لم يطعن فى صورية التصرف أن يحكم ببطلان هذه الإجراءات. (أنظر استئناف مختلط ٣ مارس ١٩٢١ م ٣٣ ص ١٩٩ — ٣ يناير ١٩٢٢ م ٣٤ ص ٩٧) — راجع الوسيط للسنهورى الجزء الثانى ص ١٠٨٩ هامش ٢ .

(٢) بلانيول وريبير وبيكيه جزء ١٢ فقرة ٤٢٦ .

مدين مختلف ، أحدهما اكتسب حقه من المالك الظاهر ، والآخر من المالك الحقيقي. والعبرة في هذا الشأن ليست بالأسبقية في تاريخ القيد . بل يقدم من ارتهن من المالك الظاهر تطبيقا لنص الفقرة الثانية من المادة ٢٤٤ في التقنين المدني (١) .

حكم رهن الوارث الظاهر : قد يحدث عملا أن يتسلم شخص أموال التركة بوصفه الوارث الحقيقي للمورث . ثم يتبين فيما بعد أن استحقاقه غير صحيح ، بوجود وارث آخر يحجبه حجب حرمان أو في القليل يشاركه في التركة. وهنا نكون بصدد وارث ظاهر Heritier apparent

غني عن البيان أن ثبوت الوراثة الحقيقية لغيره يلزمه برد ما تسلم من أموال . ولكن تثور المشكلة التي تعنينا ، وتتصل بحكم الرهن الذي صدر من هذا الوارث الظاهر ، ومدى الحماية التي يجب أن نكفلها للدائن المرتهن في هذه الحالة .

فإذا كان الدائن المرتهن على علم بأمر هذه الوراثة الظاهرة ، انتفت الحكمة من حمايته ، ومن ثم يتسلم الوارث الحقيقي العقار المرهون محرراً من الرهن المقرر عليه .

ولكن الأمر يختلف إذا كان الدائن حسن النية ، أي تعامل مع الوارث وهو يعتقد أنه الوارث الشرعي . هل يعتد هنا بالملكية الظاهرة فيسري الرهن في مواجهة الدائن الحقيقي ؟

لا يوجد في القانون المصري نص يعالج حكم تصرف الوارث الظاهر . وقد جاء في قضاء قديم لمحكمة النقض ما يفيد إعراضها عن الاعتداد بتصرفات

---

(١) أنظر بلانيول وريبير واسمان جزء فقرة ٣٣٩ ص ٤٣٦ وما بعدها - بيدان ولاجارد جزء ٩ فقرة ٩٨٢ - السنهوري الوسيط جزء ٢ فقرة ٦٢٤ ص ١١٠٤ .

الوارث الظاهر ، ونفاذها فى حق المالك الحقيقى (١)

وكان لندرة الصور العملية التى عرضت أمام القضاء المصرى (٢) بشأن تصرفات الوارث الظاهر أثره على موقف الفقه منها . فذهب البعض إلى عدم جواز الاحتجاج بتصرفات الوارث الظاهر على الوارث الحقيقى لصدورها من غير مالك (٣) . كما استبعد البعض الآخر الأخذ بها لأن نظرية الوارث الظاهر مجهولة عند القضاء المصرى (٤).

ولعل مما يغرى بانكار تصرف الوارث الظاهر هو تخلف السند التشريعى الذى يكفل الحماية لمن تعامل منه .

بل ويستند هذا الاتجاه إلى تطبيق حرفى للأصول العامة فى القانون . فالوارث الظاهر لا يستطيع أن ينقل إلى الغير مالا يملك ، والوارث الحقيقى لا يجوز الاحتجاج عليه بتصرف لم يشترك فيه ، ورد على عقار مملوك له . ومن ثم لا تتيسر حماية الدائن المرتهن حسن النية إلا بنص فى القانون .

على أن هذا القول لا يحقق قواعد العدالة ، ولا يستجيب إلى استقرار المعاملات ووجوب حماية حسن النية . ومن هنا بذلت محاولات لحماية من يتعامل مع الوارث الظاهر ، والبحث عن سند لهذه الحماية . وقد استطاع الفقه والقضاء فى فرنسا أن يقرر حماية شاملة من غير سند تشريعى. وروعى فى ذلك بصفة خاصة أن حماية الأوضاع الظاهرة تقتضى تغليب الواقع على القانون

---

(١) نقض مدنى فى ٣٠ مايو سنة ١٩٣٥ منشور بمجموعة عمر الجزء الأول ص ٨٢١ — ويستفاد من وقائع الدعوى فى هذه القضية أن المحكمة لم تتعرض لتصرف الوارث الظاهر إلا بصفة عرضية . ومن ثم لا يجوز الاستناد اليه كحجة قاطعة فى أن القضاء ينكر الاعتداد بتصرفات الوارث الظاهر . انظر فى تحليل هذا الحكم والتعليق عليه عبد الباسط جميعى المرجع السابق ص ١٤٣ ومابعدها .

(٢) راجع عبد الباسط جميعى المرجع السابق ص ١٤٥ . حيث يفسر اسباب ندرة الصور العملية لتصرفات الوارث الظاهر . وينتهى إلى احتمال عرضها أمام القضاء فى المستقبل — انظر على سبيل المثال قضاء مصر المستعجل ٢٤ اكتوبر سنة ١٩٥٠ — محاماة سنة ٣١ رقم ٢٤٨ ص ٨١٧ .

(٣) سليمان مرقس فى التأمينات العينية ص ٦٦ .

(٤) عز الدين عبد الله « حماية خاصة بالدائن المرتهن فى القانون المصرى » رسالة إلى كلية حقوق القاهرة ص ٣٠٨ .

إذا توافرت شروط معينة ، كان من شأنها إيهام الكافة بصدق الوضع الظاهر .

ولعل من المفيد ، أن نلقى نظرة عاجلة على اتجاه الفقه ورأى القضاء فى فرنسا . فقد يصلح ذلك سنداً لتقرير حماية الدائن المرتهن من وارث ظاهر فى ظل القانون المصرى .

أول ما يعنينا الإشارة إليه فى هذا الشأن ، أن الفقه والقضاء الفرنسى عمد إلى تأصيل حماية الدائن المرتهن من وارث ظاهر بتطبيق قاعدة عرفية استقرت فى فقه القانون المدنى منذ أمد بعيد ، فأصبحت من أصوله العامة . وهى أن الغلط الشائع يولد الحق أو يفعل القانون error communis facit Jus (١). هذه القاعدة ترمى إلى حماية الثقة المشروعة ، وتأمين استقرار المعاملات التى تمت على أساسها . وبالتالى فهى تستجيب إلى قواعد العدالة (٢) .

هذه القاعدة تحمى الثقة المشروعة . ولا يتوافر ذلك إلا إذا كان الدائن المرتهن حسن النية ؛ أى كان يجهل أن الوراثة الظاهرة غير حقيقية . فيجب إذن أن يقع فى غلط فردى . وحسن النية يفترض حتى يقوم دليل عكسى يهدمه (٣) .

ويلزم إلى جانب ما تقدم أن يكون هذا الغلط شائعاً يقع فيه أى شخص

---

(١) ريبير وبولانجيه جزء ٣ رقم ٢٣١٢ – جوسران جزء ٣ رقم ١٠٢٥ – بيدان وليبال جزء ٥ مكرر بند ٦٢٠ – بيدان وفواران جزء ٤ بند ٣٦٠ – هنرى مازو فى مقاله عن هذا المبدأ بالمجلة الفصلية القانون المدنى ١٩٢٤ ص ٩٢٩ .

(٢) يبدو أن أصل هذه القاعدة يرتد إلى مغامرة طريفة قام بها أحد العبيد أيام الرومان . إذ أخفى مظهره القانونى وظهر بمظهر المواطن الحر ، حتى توصل إلى شغل مركز البريتور . ثم انكشف أمره فأثير النزاع بشأن ما أصدره من أحكام وقرارات . فأبقى عليها لاعتبارات تتعلق بالعدالة . ومنذ ذلك التاريخ ذاع صيت هذه القاعدة فروج لها الكتاب اللاحقون حتى استقرت فى الفقه الحديث .

(٣) فرانسوا جورف انسكلوبيدى داللوز جزء ١ ص ٤٨٩ بند ٤٦ – فوابى «حسن النية» رسالة إلى كلية حقوق بوردو ١٩٣٩ ص ٢٤٨ – رواست محاضرات فى القانون المدنى مع التعمق عن «الأصول العرفية فى نظرية الالتزامات» باريس ١٩٥٤ ص ١٩٢ .

متوسط العناية والذكاء . فالثقة المشروعة التي يحميها القضاء الفرنسي في هذا الشأن ليست تلك التي تتصل بالدائن المرتهن فقط ، وإنما الثقة التي انبعثت عن اعتقاد عام بهذه الوراثة الظاهرة . وهنا ينبغي على الدائن أن يثبت شيوع الغلط (١) . ولا يستلزم القضاء الفرنسي أن يكون هذا الغلط عاما على سبيل الإجماع . بل يكتفي فقط أن يكون مركز الوارث الظاهر من شأنه أن يوقع في غلط لا يدركه الشخص العادي . والأمر في هذا الشأن متروك لتقدير القاضي (٢)

هذا هو موقف القضاء والفقه في فرنسا . وقد تميز بروح التحرر ، فخلق حماية لا يسندها نص في القانون مستجيباً في ذلك إلى اعتبارات الواقع المستمدة من حماية الثقة المشروعة وقواعد العدالة .

ويبدو لنا أن القضاء المصري في وسعه أن يعتنق مسلك القضاء الفرنسي . يشجعنا على هذا القول أن التقنين المدني الجديد سجل اتجاهات تنبيء عن رغبته وحرصه في حماية الأوضاع الظاهرة . فهو كما تبين لنا من قبل حكم لصالح الدائن المرتهن الذي يتمسك بالتصرف الصوري ، فأقر بذلك الرهن الصادر من مالك ظاهر .

بل وقد أفصح عن هذا الاتجاه بوضوح وصراحة بشأن النيابة الظاهر ، فقضى بحماية من يتعامل مع شخص انقضت نيابته ولكنه ظهر بمظهر النائب . وهو ما نصت عليه المادة ١٠٧ بقولها « إذا كان النائب ومن تعاقد معه يجهلان معا وقت العقد انقضاء النيابة ، فإن أثر العقد الذي يبرمه حقا كان أو التزاما يضاف إلى الأصيل أو خلفائه » . وإننا إذ نقدر اختلاف هذا الحكم تماما عن الحالة المعروضة علينا ، فإنما نستعين به فقط للكشف عن اتجاه عام للتقنين المدني الجديد في حماية الأوضاع الظاهرة .

---

(١) نقض فرنسي ٢٠ مايو ١٩٣٥ دالوز القسم الاول ص ٩٧ وتعليق كابيتان ، ١٤ إكتوبر سنة ١٩٤٠ دالوز الأسبوعي ١٩٤٠ ص ١٦٤ .

(٢) جاك دونيديو دي فابر « تصرفات الوارث الظاهر » المجلة الفصلية للقانون المدني ١٩٤ ص ٣٨٥ — بودان وايبال جزء ٥ مكرر رقم ٦١٦.

كذلك أيضاً نصت المادة ٣٣٣ على أن الوفاء يبرىء ذمة المدين إذا تم بحسن نية لشخص كان الدين فى حيازته . وهو ما يسمى بالدائن الظاهر الذى يعتقد الكافة أنه صاحب الحق . ويحدث ذلك فى العمل بصفة خاصة بالنسبة إلى الوارث الظاهر حينما يتلقى حقوق مورثه لدى الغير . فيقوم أحد المدينين بالوفاء له على أنه الوارث الحقيقى . هنا قضى المشرع فى المادة ٣٣٣ أن هذا الوفاء مبرىء لذمة المدين .

هذه بعض أحكام وردت فى مواضع متفرقة من التقنين المدنى تكشف عن اتجاه عام من جانب المشرع المصرى فى حماية الأوضاع الظاهرة . ولهذا فلعله يبدو من الأوفق أن يستند الفقه إلى هذا الاتجاه ، فيدفعه إلى الأمام على نحو يشمل به الدائن المرتهن من وارث ظاهر بحماية هو بها جدير .

ولسنا فى هذا خارجين عن المألوف . ففى القضاء الفرنسى وفى فقهه مثال حى على تقرير هذه الحماية على أوسع نطاق من غير نص تشريعى يسندها .

بل وقد أفصح المشرع مرة أخرى بصدد الرهن الرسمى فى المادة ١٠٣٤ عن رغبته فى حماية الدائن المرتهن حسن النية الذى يرتهن عقاراً من مالك زالت عنه الملكية لأى سبب ؛ كبطلان أو فسخ أو رجوع أو إلغاء (١) .

هذه المادة تعالج صورة المالك الذي تزول عنه الملكية . ومن ثم فهى لا تصدق من ناحية فنية على الوارث الظاهر ، لأنه لم تثبت له الملكية أصلا . ولكنها فى

---

(١) فى هذا المعنى عبد الباسط جميعى المرجع السابق ص ١٤٢ وما بعدها وهو يقرر أنه «من الناحية التشريعية يمكن القول بأنه فى ظل نصوص القوانين المدنية الحالية يتجه الرأى إلى اعتماد تصرفات الوارث الظاهر ، أو المالك الظاهر على وجه العموم ، أو من يظهر بمظهر الحق على وجه أعم ويمكن الاستئناس فى هذا المقام بهذه النصوص الجديدة ».

القليل تصلح سندا لتسجيل اتجاه المشرع المصرى فى حماية الدائن المرتهن حسن النية (١).

٤٧ — حماية الدائن المرتهن حسن النية من زوال الملكية بأثر رجعى

تنص المادة ١٠٣٤ من التقنين المدنى على ما يأتى « يبقى قائماً لمصلحة الدائن المرتهن الرهن الصادر من المالك الذى تقرر إبطال سند ملكيته أو فسخه أو إلغائه أو زواله لأى سبب آخر ، إذا كان هذا الدائن حسن النية فى الوقت الذى أبرم فيه الرهن(٢) ».

---

(١) جدير بالذكر أيضا أن نشير إلى حالة المفقود فى القانون المصرى . وقد نصت المادة ٤٤ من القانون ٧٧ لسنة ١٩٤٣ بشأن المواريث على ما يأتى « يوقف للمفقود من تركة مورثه نصيبه منها ، فإن ظهر حيا أخذه ، وإن حكم بموته رد نصيبه إلى من يستحقه من الورثة وقت موت مورثه ، فإن ظهر حيا بعد الحكم بموته ، أخذ ما بقى من نصيبه بأيدى الورثة » يستفاد من حكم هذه المادة أن القاضى إذا حكم بموت المفقود توزع الأموال التى خلفت من تركة مورثه على باقى الورثة . وقد يرهن أحد الورثة عقارا آل اليه من حصة المفقود . فاذا ظهر حيا فيما بعد ، يعود العقار إليه مثقلا بالرهن . ذلك أن المادة ٤٥ تقرر أنه لا يأخذ إلا ما بقى من نصيبه ، أى أنها تجيز تصرفات الورثة خلال الفترة التى حكم فيها بوفاته . ومن باب أولى يسرى فى مواجهته الرهن الذى يكتسبه الدائن المرتهن . ويعتبر الوارث الراهن بمثابة وارث ظاهر ، لأنه اتضح فيما بعد أن استحقاقه غير صحيح بظهور المفقود حيا .

أما عن أموال المفقود الخاصة فقد نصت المادة ٢٢ من القانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٩ على أنه بعد موت المفقود تقسم تركته بين ورثته الموجودين وقت الحكم . وظاهر من نص هذه المادة أنها عنيت فقط بتقسيم التركة ، ولكنها لم تتعرض لمصير التصرفات التى يعقدها الورثة فى حالة ما إذا ظهر المفقود حيا .

(٢) تضمن النص المقابل لهذه المادة فى المشروع التمهيدى فقرة ثانية كانت تقضى بما يأتى « ويكون صحيحا كذلك الرهن الصادر من غير مالك إذا ثبت أن الراهن كان وقت الرهن حائزا للعقار المرهون منذ خمس سنوات ، على أن يثبت الدائن المرتهن أن لديه أسبابا معقولة كانت تجعله يعتقد أن الراهن مالك للعقار المرهون » وقد حذفت هذه الفقرة أمام لجنة المراجعة حيث رأت فى حكمها تطرفا فيه مخالفة للقواعد العامة بغير مسوغ . أنظر جزء ٧ مجموعة الأعمال التحضيرية ص ١٩ وما بعدها .

على أن المادة ١٠٣٤ بضياغتها التى وردت فى التقنين حققت توحيداً تشريعيا لنصوص تناثرت فى مواضع متفرقة . اقتسمها التقنين الوطنى والمختلط فى ظل القانون القديم .

تعالج هذه المادة صورة الرهن الصادر من مالك العقار إذا زالت عنه الملكية بأثر رجعى . وتضع حكما يتصل بمصير هذا الرهن بعد زوال الملكية .

الاستجابة المطلقة للنتائج التقليدية التى تترتب على الأثر الرجعى ، تفضى إلى القول بزوال الرهن فى هذه الحالة . ذلك أن القانون يعتبر الراهن وكأنه لم يملك العقار أصلا . وعلى ذلك تسقط كافة التصرفات القانونية التى أجراها بشأنه . ويقول الفقه أيضاً إن الشخص لا يستطيع أن يرتب للغير حقوقاً أكثر مما له . وبالتالى يكتسب الدائن المرتهن ، وهو خلف خاص للمدين ، حق الرهن على العقار وهو مهدد المصير . إذ يرتبط ببقاء ملكية الراهن أو زوالها .

بل ونستطيع أن نقرر أيضاً ، أن زوال ملكية الراهن بأثر رجعى يجعل تصرفه فى حكم رهن ملك الغير . وهذا لا يسرى على المالك الحقيقى إلا إذا أقره بورقة رسمية .

هذه هى النتائج التى يفضى إليها منطق الأثر الرجعى لزوال الملكية . وهى لا شك تسىء إلى مركز الدائن المرتهن . بل وتهدر ثقته المشروعة ، إذا كان قد اكتسب حقه بحسن نية أى وهو يعتقد صدوره ممن يملكه ، على نحو لا يجعل مصيره مهدداً بالزوال .

لهذا عنيت التقنينات الحديثة ، يسندها فقه سائد وقضاء مستقر ، بحماية مبدأ حسن النية ، حتى ولو كان ذلك على حساب إهدار بعض الأصول التى ذاع صيتها فى القانون المدنى منذ أمد بعيد ، كتلك التى تقرر أثراً رجعياً لبعض المراكز القانونية ، وتطلق تطبيق هذا الأثر على أوسع نطاق .

من هنا ظهر الحرص فى جهود المحدثين على الحد من إطلاق الأثر الرجعى إذا اصطدم فى تطبيقه مع حقوق اكتسبها الغير بحسن نيه (١) .

---

(١) انظر شفيق شحاته فقرة ١٠٠ — عبد الباسط جميعى المرجع السابق. وهما يتفقان فى تأسيس حكم المادة ١٠٣٤ على نظرية المظهر وحماية الدائن المرتهن من مالك ظاهر .

هذا هو الأساس الذى بنى عليه حكم التقنين المدنى فى المادة ١٠٣٤ والذى على ضوئه نستطيع بيان الشروط التى تلزم لتطبيقها .

يجب أولا أن يتلقى الدائن حقه من راهن اكتسب ملكية العقار قانوناً . ويلزم ثانياً أن تزول هذه الملكية عن الراهن بأثر رجعى يرتبه القانون . ويشترط أخيراً أن يتوافر لدى الدائن حسن النيه .

١ – يجب أن يكون الراهن قد اكتسب ملكية العقار قانوناً . هذا الشرط يقتضى أن تنتقل إلى الراهن ملكية العقار المرهون بسند ناقل لها (١) .

وعلى هذا النحو لا يعتد بالسند الباطل بطلاناً مطلقاً(٢) . فلا يستطيع الدائن

(١) يلاحظ بشأن هذا الشرط ما سبق بيانه من أن حكم المادة ١٠٣٤ لا ينصرف إلى حماية الوارث الظاهر . حيث أنه لم تثبت له الملكية أصلا ، بل كان استحقاقه فى الميراث غير قانونى . الفرض هنا أن يكتسب الراهن الملكية بسند قانونى ثم تزول عنه فيما بعد بأثر رجعى . أنظر فقرة ٤٦ . قارن عبد الباسط جميعى المرجع السابق ص ٣٥٥ .

(٢) قارن عبد الباسط جميعى المرجع السابق ص ٣٥٠ . وهو يقترح اطلاق نص م١٠٣٤ بحيث تفهم فيها كلمة « المالك » على معنى المالك الظاهر ، ولفظ « سند الملكية » على معنى السند الظاهر . ويقرر الزميل أن النص يكفل حماية الدائن المرتهن فى حالة ابطال سند ملكية المدين الراهن أو فسخه أو الغائه أو زواله لأى سبب آخر . وهذه العبارة الاخيرة تلفت النظر ، لأنه مامعنى زوال السند لأى سبب آخر ، أى لأسباب غير ماسبق أن ماذكرته المادة؟ إن هذه الصياغة تفيد تقرير الحماية حتى فى حالات البطلان المطلق لسند ملكية الراهن . وهو يستطرد فى توسيع الحماية بحيث تشمل ايضا السند المزور والسند الصورى .

والحجة الأساسية للرأى المتقدم هى أن الحماية المقررة فى المادة ١٠٣٤ شرعت لصالح الدائن المرتهن . ولذلك فالمنطق يقضى بأن تكون العبرة فى توفير هذه الحماية هى بالنظر إلى موقف الدائن المرتهن ، لا بموقف المدين . فلا يقام أى وزن لسند المدين ولكونه حسن النية أو سيء النية . وإنما يكفى أن يكون فى يده سند له من مظاهر السلامة ما يؤدى إلى اعتقاد الدائن المرتهن (على أساس معيار موضوعى) بملكية مدينه الراهن وثباتها . وبذلك يكون الحكم واحدا سواء كان سند المدين باطلا بطلانا مطلقا أو نسبيا ، مادام الدائن يعتقد فى سلامة هذا السند . فدرجة البطلان لا تؤثر فى مظهر العقد ومظهر صحته . فمن الميسور مثلا أن يعلم الدائن المرتهن بنقص اهلية من تعامل مع الراهن ، وبالتالى يعلم بقابلية سند ملكية الراهن للابطال ، بينما قد يتعذر عليه معرفة أن سند الملكية باطل بطلانا مطلقا لعدم مشروعية السبب .

على ضوء الاتجاه المتقدم تكون العبرة فى تطبيق نص م ١٠٣٤ هى بموقف الدائن . فإذا كان=

المرتهن أن يحتج بحقه فى مواجهة المالك الحقيقى ، لأنه تلقى الرهن من مجردواضع يد لم تثبت له الملكية . مثال ذلك أن تتم هبة العقار فى ورقة عرفية . تخلف الرسمية هنا يبطل عقد الهبـــة بطلانا مطلقاً . فلا تثبت للموهوب له ملكية العقار ، وبالتالى لا يسرى الرهن المقرر عليه فى مواجهة الواهب .

كذلك أيضاً لا يعتد بالرهن الصادر من المشترى بعقد غير مسجل . لأن الملكية لا تنتقل،سواء بالنسبةللمتعاقدين أو الغير،إلا بالتسجيل . وعلى هذا النحو لا يحق للدائن المرتهن أن يتمسك بالرهن فى مواجهة البائع إذا قضى بإبطال البيع أو فسخه (١)

٢ — يجب أن تزول الملكية عن الراهن بأثر رجعى يرتبه القانون . وقد عرفت المادة ١٠٣٤ المالك فى هذا الشأن بأنه من تقرر إبطال سند ملكيته أو فسخه أو إلغاؤه أو زواله لأى سبب آخر .

الأصل فى الأثر الرجعى أن يترتب بناء على نص فى القانون . على أنه يجوز للأفراد أيضاً تقريره كما هو الحال فى التقايل . فهو تحلل من الرابطةالتعاقدية بإرادة المتعاقدين ،مثال ذلك أن يتقايل البائع والمشترى بعد انعقاد بيع العقار .

يعتبر ذلك عقداً جديداً ناقلا للملكيةمن المشترى إلى البائع مرة أخرى.والأصل فيه أنه لا يرتب أثراً رجعياً . ولكن يجوز للطرفين الاتفاق على ترتيب هذا

= حسن النية أى غير مخطىء فى الاعتقاد بسلامة سند ملكية الراهن ، فهنا تجب حمايته، بصرف النظر عن كون هذا السند باطلا بطلانا مطلقا أو قابلا للابطال . فالعبرة اذن بمظهر العيب لا بجوهره. فإذا كان عيب السند ظاهرا فهنا لا يحمى الدائن المرتهن ، وإن كان خفيا وجبت حمايته بصرف النظر عن جسامة العيب ..

وإننا نسلم بوجاهة الاعتبارات التى دفعت صاحب هذا الرأى للإدلاء برأيه . بل ونطاوعه ايضا فى وجوب حماية المظهر على أوسع نطاق . ولكن الحرج يمنعنا فى صور البطلان المطلق ازاء صراحة نص المادة ١٠٣٤ فى الحديث عن الرهن الصادر من المالك . فهى تفترض اذن أن الراهن مالك للعقار ، وهو مالايتوافر فى حالة بطلان سند ملكيته بطلانا مطلقا . ومن الجائز حينئذ حماية الدائن المرتهن لا على أساس المادة ١٠٣٤ ، وإنما على أساس تطبيق عام لمبدأ أن الغلط الشائع يولد الحق . وهو ما أخذنا به فى صورة الوارث الظاهر — راجع ماتقدم فقرة ٤٦ .

(١) استئناف مختلط ٥ مايو ١٩٣٦ مجموعة ٤٨ ص ٢٥٤ .

الأثر وإعادة الحالة إلى ما كانت عليه قبل التعاقد (١) . هذا الاتفاق لا يضر الدائن الذى ارتهن العقار من المشترى قبل التقايل . بل يبقى الرهن قائماً فى مواجهة البائع ، لأن الأثر الرجعى الاتفاقى لا ينتج أثره إضرارا بصالح الغير (٢) .

أما الحماية التى تعنيها نص المادة ١٠٣٤ فتنصرف إلى الدائن المرتهن من مالك زالت عنه الملكية بأثر رجعى رتبه القانون .

والأمثلة على ذلك متعددة . فقد يتلقى الراهن ملكية العقار المرهون بمقتضى عقد بيع يحكم بإبطاله لعيب فى الرضاء أو نقص فى الأهلية ، أو يقضى بفسخه لعدم تنفيذ أحد طرفى العقد التزاماته . وقد يكتسب الملكية بموجب عقد هبة ، ثم يرجع فيها الواهب إذا توافرت الشروط المبينة بالقانون .

فى كل الصور المتقدمة يترتب على الإبطال والفسخ والرجوع زوال الملكية عن الراهن بأثر رجعى . هذا الأثر الرجعى يستفاد صراحة من نصوص القانون (٣) .

وقد استبان لنا مما تقدم أن إطلاق تطبيق ذلك الأثر يفضى إلى إهدار حقوق الدائن المرتهن بحسن نية من مالك زالت عنه ملكيته ولهذا أحسن التقنين المدنى صنعاً بالحد من أثره عن طريق الحماية التى كفلها للدائن فى المادة ١٠٣٤ .

والمشرع بإقراره تلك الحماية يستجيب إلى اتجاه الفقه الحديث بشأن الأثر الرجعى . ذلك أن التصوير التقليدى له يتضمن الإنكار التام لفترة سابقة من الزمن يلغى خلالها كل ما تم من آثار قانونية .

---

(١) أنظر حكم محكمة النقض ٢٦ مارس ١٩٥٣ مجموعة المكتب الفنى بوزارة العدل السنة الرابعة العدد الثانى ص ٦٩٨ .

(٢) جيجو « دراسة فى الأثر الرجعى الاتفاقى » المجلة الفصلية للقانون المدنى ١٩٣١ ص ٢٩٢ .

(٣) راجع نصوص المواد ١٤٢ فى الابطال ، ١٥٩ فى الفسخ ، ٥٠٣ بشأن الرجوع فى الهبة ، وكلها تقضى بإعادة الحالة إلى ما كانت عليه قبل التعاقد .

هذا القول يباعد بين القانون والواقع . فالمشرع إذا لجأ إلى صناعة قانونية قائمة على الافتراض ، وجب تقييد نطاقها في حدود الهدف من استخدامها . والأثر الرجعي في الأحوال السابقة يرمى إلى إنكار السند الذى اكتسب الراهن بمقتضاه الملكية . وهو فى ذلك يستجيب إلى إرادة المتعاقدين أو أحدهما .ولكنه لا ينبغى أن يضر الدائن الذي منح ائتمانه على أساس توافر سند الملكية لدى الراهن .

لهذا قضى المشرع بالحد من الأثر الرجعى ، واحترام المراكز القانونية المكتسبة خلال الفترة السابقة على زوال الملكية ، تأميناً لاستقرار المعاملات واحتراما للثقة المشروعة .والقول بغير ذلك يحمل على الإسراف فى الحذر على نحو يضر بالائتمان .

على أن هذه الحماية التى يقررها الشارع لا تنصرف إلا لمن هو جدير بها. ومن هنا استلزم شرطاً هاماً يتعلق بتوافر حسن النية لدى الدائن المرتهن .

٣ ــ يجب أن يكون الدائن المرتهن حسن النية فى الوقت الذي أبرم فيه الرهن . يستفاد هذا الشرط صراحة من نص المادة ١٠٣٤.ويعتبر أساساً لتقرير الحماية التى جاءت بها .

أول ما تنبغى الإشارة إليه فى هذا الشأن ما جاء فى المواد ١٥ ، ١٧ من قانون تنظيم الشهر العقارى . ذلك أنها وضعت تحديداً زمنياً على أساس تاريخ معين ، تنتفى بعده حسن نية الدائن بطريقة قاطعة لا تقبل إثباتا عكسيا .

إذ تنص الفقرة الأولى من المادة ١٥على أنه « يجب التأشير فى هامش سجل المحررات واجبة الشهر بما يقدم ضدها من الدعاوى التى يكون الغرض منها الطعن فى التصرف الذى يتضمنه المحرر وجوداً أو صحة أو نفاذاً كدعاوى البطلان أو الإلغاء أو الرجوع ، فاذا كان المحرر الأصلى لم يشهر تسجل تلك الدعاوى » .

وتقضى المادة ١٧ بما يأتى « يترتب على تسجيل الدعاوى المذكورة بالمادة الخامسة عشر أو التأشير بها أن حق المدعى إذا تقرر بحكم مؤشر به طبق القانون يكون حجة على من ترتبت لهم حقوق عينية ابتداء من تاريخ تسجيل الدعاوى أو التأشير بها . ولا يكون هذا الحق حجة على الغير الذى كسب حقه بحسن نية قبل التأشير أو التسجيل المشار إليهما » .

يستفاد من النصوص المتقدمة أن الطاعن فى سند ملكية الراهن بإبطال أو فسخ ، أو بدعوى رجوع فى الهبة مثلا ، يجب عليه تسجيل دعواه أو التأشير بها على هامش التصرف المسجل . ويترتب على ذلك أن حق الدائن المرتهن إذا تقرر على العقار فى تاريخ لاحق على تسجيل الدعوى أو التأشير بها ، لا يسرى فى مواجهة المدعى إذا ما قضى لصالحه . ويسرى هذا الحكم حتى ولو كان الدائن حسن النية فعلا . أى يجهل أن سند الراهن مطعون فيه ، وأن دعوى الطعن قد سجلت أو أشر بها على هامش سند الملكية المسجل . فقد أقام المشرع قرينة قانونية لا تقبل إثبات العكس على أن إجراء تسجيل دعوى الطعن أو التأشير بها ينفى حسن النية عن الدائن المرتهن للعقار فى تاريخ لاحق .

والحكمة من هذه القرينة القاطعة ترتد إلى أن الدائن كان فى وسعه أن يعلم بأن سند ملكية الراهن مهدد بالزوال . ذلك أنه كان ينبغى عليه وهو بسبيل إرتهان العقار أن يطلع فى سجلات الشهر العقارى على سند ملكية الراهن . هذا الاطلاع يتيح له أن يعلم بوجود دعوى قد تفضى إلى زوال هذه الملكية . فإن أهمل الدائن فى هذا الشأن ، فهو غير جدير بالحماية ، وبالتالى لا يعتد بحقه .

أما قبل تسجيل الدعوى أو التأشير بها فيجوز للدائن المرتهن أن يتمسك بحقه إذا كان قد كسبه بحسن نيه . وكأن حسن النية إذن يتحدد نطاقه فقط قبل اتخاذ هذا الإجراء .

يستجيب حسن النية بمعناه الحديث إلى فكرتين أساسيتين . الأولى تقتضى رعاية الثقة المشروعة . والثانية تتضمن التجاوز عن الاعتقاد القائم على غلط مغتفر فى سلامة مركز من المراكز القانونية .

فاذا اكتسب شخص حقه من مالك انتقلت إليه الملكية بسند قانونى ، وجبت حمايته لو زالت هذه الملكية بأثر رجعى . لأنه وضع ثقته فى هذا السند فاطمأن إلى ملكية المتصرف . وإذا غاب عنه أن السند مهدد بالزوال، فان ذلك لا يهدر حقه . فهو غير مخطىء فى هذا الاعتقاد المغتفر ، إذ لم يكن فى وسعه أن يدرك الحقيقة (١) .

والأصل أن حسن النية يفترض . وعلى من يدعى خلاف ذلك أن يثبت العكس (٢) .هذه القرينة وإن وردت فى المادة ٩٦٥ من التقنين المدنى بشأن الحيازة ، إلا أن حكمها عام يصدق على كل صور حسن النية (٣) .

على ضوء ما تقدم يمكن تحديد مركز الدائن المرتهن . فيعتبر حسن النية إذا كان فى الوقت الذى أبرم فيه الرهن يجهل السبب الذى يهدد ملكية الراهن بالزوال . فهنا تجب حماية ثقته المشروعة ، والتجاوز عن اعتقاده الخاطىء بأن الملكية قد استقرت للراهن (٤) .

على أنه إذا ثبت أن الدائن كان فى وسعه أن يعلم بالسبب الذى قد يزيل الملكية عن الراهن ، ينتفى عنه حسن النية . لأن اعتقاده الخاطىء هنا غير مغتفر . ومن ثم لا تتوافر لديه الثقة المشروعة التى يحميها المشرع . مثال ذلك أن يكون الراهن قد اشترى العقار بعقد ذكر فيه أن الثمن لم يسدد . العقد هنا مهدد

---

(١) انسكلوبيدى دالوز الجزء الأول ص ٤٨٧ فقرة ٣ ، ٦ .

(٢) وحسن النية الذى يفترض هو المعنى السلبى لحسن النية ، أى عدم العلم بحقيقة الواقع وافتراضه طبيعى . أما حسن النية بمعناه الايجابى ، أى الغلط الشائع أو الاعتقاد المغتفر فى سلامة سند ملكية الراهن واستقراره ، فهو واجب الاثبات. فى هذا المعنى عبد الباسط جميعى المرجع السابق ص ٣٤٠ وبصفة خاصة ص ٣٤٤ ، راجع أيضا ما قدمناه بشأن الوارث الظاهر وشروط حماية الدائن المرتهن منه . ويشير الزميل عبد الباسط إلى أن تكليف الدائن باثبات حسن النية بمعناه الايجابى أمر طبيعى . إذ أنه ينطوى على بذل جهد ايجابى فى التحرى يؤدى إلى انتفاء التقصير فى جانب من يقوم به .

(٣) راجع ديكوتينيه « القرائن فى القانون الخاص » رسالة من ليل ١٩٥٠ بند ٨٠.

(٤) انظر فرانسوا جورف « مبدأ حسن النية » رسالة من باريس ١٩٢٨ ص ٢٣٢.

بالزوال عن طريق الفسخ لعدم أداء الثمن . وقد كان فى وسع الدائن أن يعلم بذلك الخطر ، إذا أطلع على سند الملكية المسجل . وهو احتياط مألوف يتخذه الدائن عادة قبل ارتهان العقار للتحقق من ملكية الراهن (١) .

المعيار إذن فى تحديد حسن النية الدائن هو علمه أو إمكان علمه (٢) بأن ملكية الراهن مهددة بالزوال .

والعبرة فى ذلك بوقت إبرام الرهن كما يستفاد من نص المادة ١٠٣٤ من التقنين المدنى ، لأن هذا هو الوقت الذى يمنح فيه الدائن الائتمان للمدين مقابل تقرير الرهن على العقار . وعلى هذا النحو فالعلم اللاحق بما يهدد ملكية الراهن من خطر الزوال لا يؤثر على حسن نية الدائن ، طالما أنه توافر عند انعقاد الرهن (٣) .

على أن إثبات سوء نية الدائن أمر عسير فى العمل . ومن ثم ففى الغالب من الأمر تنصرف الحماية المقررة فى المادة ١٠٣٤ من التقنين المدنى إلى كل دائن ثبت حقه قبل تسجيل دعوى الطعن فى سند الملكية أو التأشير بها .

ويلاحظ فى هذا الشأن أنه يجب قيد حق الدائن المرتهن قبل تسجيل دعوى الطعن فى سند الراهن أو التأشير بها ، وذلك حتى يستطيع أن يتمسك بالرهن فى

---

(١) راجع عبد الفتاح عبد الباقى ص ٣٣٠ .

(٢) كانت المادة ١٧ من قانون تنظيم الشهر العقارى تنص فى فقرتها الأخيرة على أنه « يعتبر الغير حسن النية إذا كان لا يعلم ولا يستطيع أن يعلم بالسبب الذى تستند إليه الدعوى » . وأشير لهذا الحكم فى المذكرة الايضاحية للقانون (بند ٢٥) . ثم صدر مرسوم ٢٩ سبتمبر ١٩٤٧ بالغاء هذه الفقرة على اعتبار أن ذكرها فى نص المادة جاء نتيجة خطأ مادى .

(٣) يذهب رأى جدير بالذكر إلى أنه إذا تقرر الرهن ضمانا للوفاء بدين مستقبل ، فالعبرة بتحديد حسن نية الدائن ليس بابرام الرهن ، وإنما بوقت وجود الدين المضمون . إذ منذ هذا الوقت فقط يتولد حق الرهن . ولا يغير فى هذا القول أن مرتبة الرهن تثبت من تاريخ القيد حتى ولو تم قبل نشأة الالتزام (م ١٠٥٨) . لأن هذه الأفضلية استثناء مقرر بنص فى القانون يجب ألا يتجاوز الغاية منه . انظر عبد الفتاح عبد الباقى ص ٣٢٩ هامش ٣ فى تعليقه على حكم استئناف مختلط ٢٨ مايو ١٩٤٢ مجموعة ٥٤ ص ٢١٣ .

مواجهة رافع الدعوى . إذ يعتبر هذا الأخير فى حكم الغير وقت انعقاد الرهن فلا يكون قائماً فى مواجهته إلا باجراء القيد .

هذه هى الحماية التى نظمها التقنين المدنى الجديد لصالح الدائن المرتهن حسن النية من مالك زالت عنه الملكية بأثر رجعى . وينبغى ، كما ظهر مما تقدم ، أن يقترن الإلمام بأحكامها بالنظر إلى ما جاء فى المواد ١٥ ، ١٧ من قانون تنظيم الشهر العقارى .

هذا النظر له أهمية خاصة . إذ أننا نرى إطلاق نطاق الحماية المقررة فى نص المادة ١٠٣٤ من التقنين المدنى ، فلا نجعلها قاصرة فقط على الرهن الرسمى بل تمتد فتشمل الدائن المزود بحق اختصاص ، والدائن المرتهن رهناً حيازياً(١)

٤٨ - رهن المبانى المقامة على أرض الغير - حكم المادة ١٠٣٨ مدنى يتضمن استثناء من وجوب تملك الراهن للعقار المرهون:

من المبادىء المقررة فى القانون المدنى أن ما لصق بالأرض فله حكمها Accessio solo cedit. والأصل أن صاحب الأرض يتملك ما يلتصق بها من منقول . وفى هذا الشأن قضت المادة ٩٢٢ من التقنين المدنى بأن « كل ما يرد على الأرض أو تحتها من بناء أو غراس أو منشآت أخرى تعتبر من عمل صاحب الأرض أقامه على نفقته ويكون مملوكا له » .

على أنه يجوز لمن بنى فى أرض الغير أن يثبت أنه هو الذى أقام البناء على نفقته . ولكن إقامة الدليل على ذلك لا يكسبه ملكية البناء ، بل يتملكه صاحب الأرض . وتخضع علاقته بالبانى للقواعد العامة فى الالتصاق (٢) (المواد ٩٢٢

---

(١) فى هذا المعنى شفيق شحاته فقرة ٩٩ ص ٨٦ ، هامش ٢ ، عبد الفتاح عبدالباقى فقرة ٢١٧ .

(٢) انظر فى حكم الالتصاق وتنظيم علاقة مالك الأرض بمن أقام البناء ، عبد المنعم البدراوى الحقوق العينية الأصلية بند ٣٩ وما بعده — بلانيول وريبير وبيكار جزء ٣ بند ٢٦٧ ، ٢٧٥ .

وما بعدها) . ويختلف حكمها حسب علم البانى أو جهله بأنه أقام البناء فى أرض الغير .

فإذا سلمنا بأن البناء يلتحق بالأرض فيكون مملوكا لصاحبها ، وجب القول بأن رهن هذا البناء لا يجوز صدوره إلا من مالك الأرض . وإذا قرره من أقام البناء ، كنا بصدد رهن لملك الغير لا يقع صحيحاً الا بإقرار المالك وهو صاحب الأرض . هذا الحكم مطلق التطبيق لا يصيبه الاستثناء .

ولكن يلاحظ من ناحية أخرى أن اكتساب صاحب الأرض ملكية المبانى المشيدة عليها بالالتصاق ، لا يعتبر حكما متعلقاً بالنظام العام يمتنع على الإرادة أن تتناوله بالتعديل . بل إن المشرع وضع قرينة قابلة لإثبات ما يهدمها . ويستفاد هذا صراحة من نص المادة ٩٢٢ فى فقرتها الثانية التى تقرر « أنه يجوز أن يقام الدليل على أن مالك الأرض قد خول أجنبيا ملكية منشآت كانت قائمة من قبل أو خوله الحق فى إقامة هذه المنشآت وتملكها » .

يجوز إذن فى بعض الأحوال أن تصبح المبانى مملوكة لصاحب الأرض إذا وجد اتفاق يقضى بذلك (١) . فالقانون يجيز لمالك الأرض أن يصرح للغير باقامة منشآت تكون مملوكة له . هذا الغير قد يكون صاحب انتفاع ، وقد يكون مستأجر العقار ؛ بل وقد يكون مجرد واضع يد على الأرض غير مزود بحق انتفاع أو ايجار (٢) .

---

(١) وبالقياس على حالة الاتفاق الصريح قضت محكمة النقض بأن قواعد الالتصاق لاتنطبق إذا أقام البناء من اشترى الأرض قبل تسجيل العقد . فالأصل أن الأرض لا زالت مملوكة للبائع قبل التسجيل . ومع ذلك يتملك المشترى البناء الذى أقامه عليها . ذلك أن المشترى بتسلمه العقار المبيع أصبح حائزا له ، ومن ثم له أن ينتفع به بكافة الوجوه ، ومنها البناء على سبيل البقاء والقرار ويكون ملكا له . (نقض مدنى ١٢ يناير ١٩٥٠ مجموعة أحكام النقض السنة الأولى ص ١٦٦) يستفاد من هذا الحكم أن المشترى بعقد غير مسجل له أن يبنى على الأرض ويتملك هذا البناء رغم أن ملكية الأرض لم تنتقل اليه ، وذلك على أساس أنه قد حصل تصريح ضمنى بذلك من البائع . انظر فى تقدير هذا الحكم ونقده محمد على عرفه أسباب كسب الملكية فقرة ٥٧ ص ١٠٣ .

(٢) بلانيول وريبير وبيكيه جزء ١٢ بند ٣٦٨ ص ٤٠٤ .

وكثيرا ما يحدث فى العمل أن يسمح صاحب الأرض لأجنبى أيا ما كان سند حيازته بأن يقيم عليها منشآت . ويقترن هذا الإذن بتنازل صريح عن تطبيق احكام الالتصاق خلال فترة معينة (قد تكون مدة الانتفاع أو مدة الايجار مثلا) .

وأيا ما كان الامر فمثل هذا الإتفاق لا ينفى عن البناء صفة العقار . بل تلحقه هذه الصفة بمجرد استقراره فى الأرض . ولكن يتمثل أثره فى تراخى اكتساب صاحب الأرض ملكية البناء تطبيقاً لأحكام الالتصاق . وتثبت الملكية بصفة مؤقتة لمن أقام البناء فعلا .

على ضوء هذا التحديد استقر الرأى الراجح فى الفقه والقضاء الفرنسى (١) على أن مالك البناء بصفة مؤقتة له أن يرهنه ، وذلك دون إخلال بحكم الالتصاق ، حينما تؤول ملكية هذا البناء لصاحب الأرض فى المدة المحددة . ومن هنا وجبت التفرقة بين مرحلتين .

ففى خلال المدة التى يكون فيها المنتفع أو المستأجر أو مجرد واضع اليد مالكا للمبانى ، ينتج الرهن أثره على وجه الاطلاق . فيستطيع الدائن المرتهن إذا استحق أداء الدين أن ينفذ عليها ، ويستوفى حقه من ثمن بيعها جبرا على المدين .

أما إذا انقضت المدة المحددة لهذه الملكية المؤقتة ، فهنا تنطبق أحكام الالتصاق ويصبح صاحب الأرض مالكا للمبانى . ولا يجوز للدائن المرتهن أن يتتبعها تحت يده . وإنما يتعلق حقه بالتعويض الذى يستحقه البانى فى علاقته بصاحب الأرض .

اعتنق التقنين المدنى الجديد هذا الاتجاه السائد فى الفقه والقضاء الفرنسى . فنص فى المادة ١٠٣٨ من التقنين المدنى على ما يأتى « يجوز لمالك المبانى القائمة على أرض الغير أن يرهنها. وفي هذه الحالة يكون للمرتهن حق التقدم فى استيفاء

---

(١) بودان وفوران جزء ١٢ بند ٣٧٨ — انظر أيضا سليمان مرقس ص ٧٧ .

الدين من ثمن الانقاض إذا هدمت المبانى ، ومن التعويض الذى يدفعه مالك الأرض إذا استبقى المبانى وفقاً للأحكام الخاصة بالالتصاق »(١) .

وأول ما يلاحظ على هذه المادة أنها لاتنطبق إلا فى الاحوال التى يكون فيها البانى تملك المنشآت التى أقامها على أرض الغير . وقد أجاز المشرع ذلك فى الفقرة الثانية من المادة ٩٢٢ فى التقنين المدنى . وبذلك تتراخى أحكام الالتصاق فتثبت للبانى ملكية مؤقتة . وعلى هذا النحو يتمتع بكافة ما تخوله هذه الملكية من سلطات ، فله أن يستغل البناء وأن يستعمله وأن يتصرف فيه . وتطبيقاً لذلك يجوز له أن يرهنه أيضاً .

على أن ملكية البانى تنفرد بطابع خاص ، ذلك أنها ترتبت خروجا على القواعد العامة فى الالتصاق . ومن ثم فهى تثبت مقيدة ، ولا تهدر أحكام الالتصاق مستقبلا حينما تؤول ملكية البناء إلى صاحب الأرض .

ينعكس هذا الطابع الخاص على حق الدائن المرتهن . فيجعل مضمون الحق العينى التبعى مجرداً من أثر تقليدى يصاحب الرهن ، وهو التتبع . إذ يمتنع على الدائن أن ينفذ على البناء بالطرق الطبيعية المخولة له ، تحت يد صاحب الأرض ، حينما تؤول إليه الملكية بحكم الالتصاق فى الموعد المحدد .

على أن حق الدائن المرتهن إن تجرد من التتبع على النحو المتقدم ، فهو مزود بالأفضلية التى تعتبر من جوهره . ولكن هذه الأفضلية لا يباشرها على ثمن بيع البناء بالطريق المألوف ، وذلك لأن حقه فى تتبعه قد انقضى . وإنما ترد الأفضلية

---

(١) جاء فى المذكرة الايضاحية للمشروع التمهيدى تعليقا على م ١٤٤٥ (المقابلة للمادة ١٠٣٨ فى التقنين) ما يأتى « إذا رهن المبانى صاحبها يقع الرهن عليها محدودا بحقوقه ، فيبقى الرهن ما بقيت المبانى قائمة ولم تنتقل ملكيتها بالالتصاق إلى صاحب الأرض . فاذا انتقلت الملكية بالالتصاق انتقل الرهن إلى التعويض المستحق لصاحب المبانى. وإذا نزعت المبانى فى الحالات التى يجوز فيها ذلك كان للمرتهن حق التقدم على ثمن الانقاض . وهذه حالة من حالات الحلول العينى التى نص عليها المشروع » جزء ٧ فى مجموعة الأعمال التحضيرية ص ٢٨ .

هنا على ثمن الأنقاض أو التعويض المستحق . هذا التعويض يخضع لتنظيم خاص ورد فى الأحكام العامة فى الالتصاق .

وغنى عن البيان أن مالك البناء يعتبر دائما حسن النية ، لأنه لا يتملك البناء إلا بإذن من صاحب الارض ،ومن ثم فهو يخضع فى تطبيق أحكام الالتصاق إلى المواد ٩٢٥ ، ٩٢٦ من التقنين المدنى . ويستفاد من حكم هذه المواد أن البانى له أن يزيل ما أقام من منشآت . فإذا لم يطلب نزعها التزم صاحب الأرض بأداء تعويض ، وله فى هذا الشأن الخيار بين أن يدفع قيمة المواد وأجرة العمل ، أو أن يدفع مبلغاً يساوى مازاد فى ثمن الأرض بسبب هذه المنشآت .

ويراعى بشأن المستأجر أنه محكوم بحكم خاص جاء فى المادة ٥٩٢ . وهو يستجيب إلى ما ورد فى القواعد العامة بشأن البانى حسن النية . فيلتزم المؤجر بدفع تعويض إما على أساس ما أنفقه المستأجر ، أو ما زاد فى قيمة العقار بسبب البناء .

على ضوء ما تقدم يتحدد وعاء الأفضلية التى يتمتع بها الدائن المرتهن . فالأمر لا يخلو من أحد فرضين حينما تؤول ملكية البناء إلى صاحب الأرض بحكم الالتصاق . إما أن يطلب الراهن إزالة هذا البناء وهنا يتعلق حق الدائن المرتهن بثمن الأنقاض . وإما أن يبقى البناء ملكا خالصاً لصاحب الأرض ، وهنا تستقر الأفضلية على قيمة التعويض المستحق على الوجه المبين فيما تقدم .

ويظهر لنا أن الحكم المقرر فى المادة ١٠٣٨ يستجيب إلى الطبيعة الخاصة لملكية الراهن . فهو قد رهن عقاراً ثبتت له ملكيته بصفة مؤقتة . ومن ثم أجاز المشرع هذا الرهن ، دون أن يهدر القواعد العامة فى الالتصاق . فحكم بأن تخلص ملكية البناء محررة من الرهن المقرر عليها .

ولكنه قرر من ناحية أخرى وجوب حماية حق الدائن المرتهن . ومن هنا يتضح لنا الطابع الخاص الذى يتميز به حق الدائن المرتهن . فهو لا يستطيع أن يتتبع العقار تحت يد صاحب الأرض ، كما تقضى بذلك القواعد العامة فى

الرهن . ولكنه يباشر الأفضلية على ثمن الأنقاض إذا طلب الراهن إزالة البناء أو قيمة التعويض الذى يستحق له إذا احتفظ صاحب الأرض بهذا البناء .

يتضح لنا إذن أن رهن المبانى المقامة على أرض الغير ليس استثناء من وجوب تملك الراهن للعقار المرهون . ذلك أن الرهن لا يقع صحيحاً إلا إذا كان البناء مملوكا للراهن ، وهو أمر تجيزه المادة ٩٢٢ صراحة فى فقرتها الثانية ، ويتم بتصريح من صاحب الأرض . على أن ملكية الراهن المؤقتة لا ينبغى أن تتعارض مع أحكام الالتصاق الذى تراخى أثره . ومن هنا تخلص ملكية البناء إلى صاحب الأرض ، ويتعلق حق الدائن المرتهن بثمن الأنقاض أو قيمة التعويض (١) .

٤٩ – خلاصة الأحكام المتعلقة بملكية الراهن للعقار المرهون :

بينا فى كل ماتقدم أن الراهن كقاعدة عامة يجب أن يكون مالكا للعقار المرهون . ولهذا لا يقع رهن ملك الغير صحيحاً إلا إذا أقره المالك الحقيقى أو تملك الراهن هذا العقار .

وقد اتضح لنا أن ملكية الراهن لا يشترط أن تكون باتة بل يجوز أن تكون احتمالية ، ولا خالصة بل يصح أن تكون شائعة .

---

(١) وتقرر المذكرة الايضاحية فى جزء ٧ ص ٢٨ أننا بصدد حالة من حالات الحلول العينى . وهو الاتجاه الذى يسنده الفقه المصرى عامة . انظر عبد الفتاح عبد الباقى ص ٣٣٤ . منصور مصطفى منصور فى رسالته عن الحلول العينى إلى كلية الحقوق بجامعة القاهرة فقرة ١٣٣ . والأمر لا يخلو من دقة فى هذه الصورة . ذلك أننا بصدد رهن ينفرد بحق عينى تبعى من نوع خاص . فالأصل فى الرهن الرسمى أنه يخول لصاحبه تتبع العقار واستيفاء حقه من ثمن بيعه جبرا على الحائز . هنا يصطدم هذا التتبع مع أحكام الالتصاق ، إذ أن ملكية الراهن مؤقتة مصيرها إلى صاحب الأرض . وهى إذ تنتقل اليه تتحرر من الرهن المقرر عليها . ومن ثم يستحيل التنفيذ على البناء تحت يده كما تقضى بذلك القواعد العامة . هذه الاستحالة الناشئة عن انقضاء التتبع أملت الحكم الذى وضعه القانون ، وهو مباشرة الأفضلية على ما يستحق للبانى من تعويض ، أو ثمن الانقاض إذا أزيلت هذه المبانى . أما إذا استحق أداء الدين أثناء تملك الراهن للبناء ، فهنا يخضع الرهن للقواعد العامة ويجوز للدائن أن يباشر التنفيذ بالطرق الاعتيادية فيستوفى دينه من ثمن بيع البناء . ولا يمنع ذلك صاحب الأرض من تملكه فى الموعد المحدد ، على أن يدفع التعويض المبين فى القانون حسب أحكام الالتصاق إلى من تلقى ملكية البناء بالبيع الجبرى .

هذا الشرط المتصل بوجوب تملك الراهن للعقار المرهون يصيبه استثناءات. يتصل البعض منها باحترام الأوضاع الظاهرة . ويتعلق البعض الآخر بحماية الدائن المرتهن حسن النية من زوال الملكية بأثر رجعي .

أخيراً خلصنا إلى أن رهن المبانى المقامة على ملك الغير لا يدخل فى حظيرة هذه الاستثناءات . بل هو محض تطبيق للقواعد العامة ، مع انفراده بطابع خاص يرتد إلى رغبة المشرع فى الإبقاء على أحكام الالتصاق .

ثانيا - الالتزام المضمون

٥٠ - الالتزام المضمون - خضوعه لقاعدة تخصيص الرهن:

ينعقد الرهن الرسمى ضماناً للوفاء بالتزام على المدين . فهو كما بينا نظام قانونى تابع . وهذا يقضى بطبيعة الحال أن يستند وجوده إلى التزام صحيح . وهو ما أشارت إليه المادة ١٠٤٢ بقولها « لاينفصل الرهن عن الدين المضمون بل يكون تابعاً له فى صحته وفى انقضائه مالم ينص القانون على غير ذلك » .

فإذا كان الدين مشوبا بعيب يبطله ، أو قام فيه سبب من أسباب الانقضاء جاز للمدين أن يتمسك بأى دفع من هذه الدفوع ، فيتوصل بذلك إلى إزالة الرهن . هذه الدفوع كما يجوز للمدين الراهن أن يتمسك بها ، يجوز أيضا للكفيل العينى وهو من يقدم عقاره ضمانا للوفاء بدين الغير ، أن يحتج بها (الفقرة الثانية من المادة ١٠٤٢) . وسيتضح لنا من دراسة حق التتبع أن للحائز العقار المرهون بدوره التمسك بهذه الدفوع .

على أن الذى يعنينا من دراسة الالتزام المضمون هو تحديده من حيث قدره ومصدره . وهو ما يسمى عادة بمبدأ تخصيص الرهن بالنسبة إلى الالتزام المضمون . هذا المبدأ ينصرف أيضا إلى وجوب تخصيص العقار المرهون كما سنبين فيما بعد .

تحديد الالتزام المضمون من حيث قدره يرمى إلى حماية مصالح الدائنين الذين يتعاملون مع المدين بعد الرهن . إذ أنه لا يكفى للغير أن يعلم بأن العقار مرهون . بل يعنيه أيضا معرفة قدر الدين المضمون . فهو بذلك يستطيع أن يقدر إلى أى حد قد استنفد المدين ائتمانه على العقار . وبالتالى إلى أى مدى لازال هذا العقار صالحا لمنح ائتمان . وهنا تتلاقى مصالح الدائنين مع المدين . ذلك أن المدين إذا عرض العقار رغبة منه فى الاقتراض ، فمصلحته ظاهرة فى أن يبين للغير أن هذا العقار لم تستنفد قيمته برهون سابقة ، ولا يتيسر ذلك إلا بتقديم بيان صادق يبين قدر الديون المضمونة .

لهذه الاعتبارات السابقة تعنى التقنينات المختلفة بالنص على وجوب تعيين قدر الدين فى عقد الرهن الرسمى (١) . والمشرع المصرى وإن لم ينص على ذلك صراحة ، إلا أن هذا الحكم يستفاد بطريقة قاطعة من نص المادة ١٠٤٠ التى تجيز رهن الديون الاحتمالية والمستقبلة ، فهى تستلزم فى هذه الحالة تحديد مبلغ الدين المضمون ، أو فى القليل الحد الأقصى الذى ينتهى إليه هذا الدين . وليس هناك ما يدعو بطبيعة الحال أن يقتصر هذا الحكم على الديون الاحتمالية والمستقبلة فقط . فهو يشمل من باب أولى الديون التى تحقق وجودها

ويبدو أن المشرع قد تأثر بأن الصورة المألوفة للرهن هى أن يتم فى عقد واحد مع الالتزام الذى يضمنه ، وهذا يقتضى تعيين محل الالتزام تعيينا واضحا كما تقضى بذلك القواعد العامة .

على أن الأمر قد يتم على خلاف ما تقدم . فيتقرر الرهن تاريخ لاحق على نشأة الدين وبعقد مستقل . وحينئذ ، وللاعتبارات المتقدمة ، يجب أن يعين قدر الدين قياسا على ماجاء فى المادة ١٠٤٠ .

وتعالج المادة ١٠٤٠ الأحوال التى يتقرر فيها الرهن ضمانا لدين معلق على شرط ، أو مستقبل أو احتمالى . وهى فى الصورة الأخيرة تعنى بصفة خاصة

---

(١) تنص المادة ٢١٣٢ من التقنين الفرنسى على أنه « لا يقع الرهن صحيحا إلا إذا كان الدين المضمون محققا ، ومعينا فى العقد » .

الديون التي قد تنشأ عن اعتماد مفتوح أو حساب جار . هذه الديون لا يتيسر تعيين قدرها على سبيل اليقين . فقد لا يستخدم صاحب الاعتماد الائتمان المعروض عليه من المصرف . وقد لا ينضى قطع الحساب إلى ثبوت المديونية فى ذمة صاحبة . على أن المشرع تأمينا لرواج التعامل مع المصارف ، أجاز تقرير الرهن ضمانا للوفاء بهذه الديون . وقيد هذا الحكم بوجوب تعيين مبلغ الدين المضمون أو تحديد حد أقصى له . وهو بهذا لم يهدر قاعدة التخصيص ، وفى نفس الوقت يسر الائتمان الذى يمكن أن يحتاج إليه المدين . بل ذهب إلى أبعد من ذلك . فجعل احتساب مرتبة الرهن يتم من تاريخ قيده ، حتى ولو تم هذا القيد فى تاريخ سابق على ثبوت الدين فى ذمة المدين . هذا المسلك من جانب المشرع يتضمن خروجا نسبيا على فكرة التبعية التى تحكم التأمين العينى . ولكن نطاق التجاوز عنها محدود ، ذلك أن الدائن فى هذه الصور لا يستطيع بطبيعة الحال أن يستفيد من هذا الرهن على أى وجه إلا إذا تحقق دينه (١) .

على أن تخصيص الرهن بتعيين قدر الدين لا يكفى وحده لإرضاء الدائنين . بل يعنيهم أيضاً معرفة مصدر الالتزام . فإن ذلك قد يكشف لهم أن هذا الالتزام مهدد بالزوال كأن يكون قابلا للابطال ، أو قريب الانقضاء بالتقادم . وبذلك التحديد أيضاً يطمئن الدائنون إلى أن المدين لن يتلاعب على نحو قد

---

(١) وقد أثير الجدل بين الفقهاء فى فرنسا حول الحكم الذى جاء فى م١٠٤٠ من التقنين المدنى . فتساءل البعض هل ينشأ الحق العينى التبعى قبل الدين المضمون ؟ وقيل فى هذا الشأن إن الرهن فى صورته المألوفة يمكن الدائن من التنفيذ على العقار ، وإقصاء مزاحمة الدائن العادى أو المتخلف عنه فى المرتبة ، ومباشرة التنفيذ تحت يد الغير حائز العقار . أما بصدد حق الدائن الاحتمالى المضمون برهن مقيد ، فهو لا يستطيع التنفيذ على العقار ، ولا يجوز له تتبعه تحت يد الغير مادام أن الدين لم يثبت بعد . وكل ما يتمتع به الدائن هى مرتبة مقررة بالقيد لا يحق له الاستفادة منها إلا إذا تحقق دينه . ومن ثم يتجه البعض إلى القول بأن الحق العينى المخول للدائن ينشأ منذ تقرير الرهن وقيده ، ولكنه يظل معطلا من حيث مضمونه ، فلا يخول التنفيذ بالأفضلية ، ولا يجيز تتبع العقار إلا بعد نشوء الدين (راجع فيرديه الحقوق الاحتمالية رسالة من باريس ١٩٥٥ بند ٧٣ ص ٦٤ — ديموج طبيعة وآثار الحقوق الاحتمالية المجلة الفصلية للقانون المدنى ١٩٠٦) .

ويستعين بعض الفقه بهذه الصورة للقول بأن عنصر المسئولية فى الالتزام قد يتحقق قبل توافر المديونية (راجع Popa « فكرة المديونية والمسئولية وتطبيقها فى القانون الفرنسى» باريس ١٩٣٥ ص ٣٢٠) .

يضر بحقوقهم ، فقد يتقرر الرهن ضمانا للوفاء بدين معين لصالح أحد الدائنين ثم يسدده للمدين ، ومع ذلك يبقى الرهن قائما بمرتبته القديمة لضمان الوفاء بديون أخرى استحقت . القول بهذا يفضى إلى وضع ، يشابه نظام الرهون المجردة التى تأخذ بها بعض التقنينات الأجنبية (١) .

ويلاحظ أن أهمية ذكر مصدر الالتزام ، لا تثور بطبيعة الحال إلا إذا كان الرهن تقرر بعقد مستقل .

أما إذا صاحب الرهن نشأة الإلتزام فورد معه فى عقد واحد ، فهذا يقتضى حتما بيان مصدره .

لم يستلزم المشرع المدنى ذكر مصدر الالتزام فى عقد الرهن بنص صريح . ولكنه ورد فى قانون تنظيم الشهر العقارى فى المادة ٣٠ التى تشير إلى البيانات واجبة الذكر فى قائمة القيد . فهى توجب تحديد مصدر الدين المضمون ، ومقداره كاملا ، وميعاد استحقاقه ، وسنشير إلى هذا الحكم مرة أخرى فى دراستنا للقيد .

ثالثا - الشيء المرهون

٥١ - الشيء المرهون - تخصيص الرهن من حيث العقار المرهون :

نعنى بالشيء المرهون ما يسمى بمحل الرهن . وهو الذى على أساسه يتحدد وعاء الأفضلية ، أى الأموال التى يستطيع الدائن المرتهن أن يدعى عليها أفضلية فيتقدم الدائنين الآخرين فى استيفاء حقه من مقابلها النقدى .

---

(١) وذلك كنظام الديون العقارية فى القانون الالمانى . أنظر موريل محاضرات فى القانون المدنى مع التعمق فى آثار الرهن باريس ١٩٤٢ ص ٦٣ .

الشيء المرهون كقاعدة عامة هو دائما العقار (١) . على أن العقار لا بد وأن تتوافر فيه شروط معينة . ويجب أن تتحدد توابعه . وهى الملحقات التى تأخذ حكمه فيتعلق بها حق الدائن المرتهن بطريق التبعية .

نتناول إذن بالبحث الشروط الواجب توافرها فى العقار المرهون . وفى هذا الشأن ستظهر لنا أهمية قاعدة تخصيص الرهن .

---

(١) يرتد أصل هذه القاعدة إلى تاريخ بعيد . فقد استقر القول أن الرهن الرسمى لا يرد على المنقولات . والحكمة من ذلك تقوم على اعتبارين . أولهما أن الرهن الرسمى يتميز بخصيصة هامة ، وهو أن الراهن لا يتجرد من حيازة الشيء المرهون . بل يحتفظ بها ويباشر على الشيء سلطاته كالمالك مادام ذلك لا يتعارض مع حق الدائن المرتهن . فإذا تقرر الرهن الرسمى على المنقول تعرضت حقوق الدائنين للخطر تطبيقاً لقاعدة الحيازة فى المنقول سند الحائز . وبالتالى يتجرد هذا الرهن من سلطة التتبع التى تلازمه بالنسبة إلى العقارات . والاعتبار الثانى يصل بنظام الشهر الذى يخضع له الرهن الرسمى . فالقيد الذى يخضع له هذا الرهن لتحديد مرتبة الأفضلية التى يكتسبها الدائن ، لا يتيسر تنظيمه فيما يتعلق بالمنقولات . فالعقار بطبيعته يستقر فى مكان ثابت محدد ، ومن ثم يمكن قيد الرهن الوارد عليه وذكر البيانات اللازمة للتعرف عليه . أما المنقولات فهى أموال سهلة التداول ، يسيرة الإخفاء ، غير مستقرة فى حيز ثابت ، وبالتالى يتعذر بشأنها وضع نظام شهر محكم يؤمن حقوق الدائنين . ولذلك خضعت المنقولات لنظام آخر من نظم التأمينات العينية ، وهو الرهن الحيازى . فهو وحده الذى يطمئن إليه الدائن ، لأنه يسيطر على مصيرها بحيازته له ، فيحد من مخاطر قاعدة الحيازة فى المنقول سند الحائز ، التى تهدد حقه إذا انتقلت المنقولات إلى حائز حسن النية .

— على أن التطور كشف عن منقولات لا يستطيع الدائن التخلى عن حيازتها ، ومع ذلك فقد تمس الحاجة إلى رهنها للحصول على الائتمان بضمانها . ومن ثم اتجه جهد الفقه منذ زمن بعيد ، فاستجاب إليه المشرع فى دول كثيرة أجنبية ، إلى إقرار نظم قانونية hypotheque mobliliére قريبة الشبه بنظام الرهن الرسمى الذى يعرفه التقنين المدنى . وقد ابتدعت هذه النظم بالنسبة إلى المنقولات التى تنتفى بشأنها شبهة الخطر من بقاء حيازتها لدى الرهن ، ولا تثور الصعوبة المتعلقة بنظام شهرها . هكذا عرف فى البلاد الغربية منذ وقت طويل نظام الرهن الرسمى الوارد على السفن . ذلك أن السفينة منقول له ذاتية خاصة انعكست على الأحكام المقررة بشأنها . فهى لا تخضع لقاعدة الحيازة فى المنقول الحائز ، وبالتالى تنتفى شبهة الخطر من اقتضاء حق التتبع . وهى بحكم خضوعها لتنظيم خاص وجب تسجيلها وشهر التصرفات القانونية التى ترد عليها . لهذه الاعتبارات أقر =

ثم نعالج بعد ذلك الملحقات التى يشملها حق الدائن المرتهن تبعا للعقار .

٥٢ - الشروط الواجب توافرها فى العقار المرهون :

تنص المادة ١٠٣٥ من التقنين المدنى على ما يأتى «لا يجوز أن يرد الرهن الرسمى إلا على عقار مالم يوجد نص يقضى بغير ذلك. ويجب أن يكون العقار المرهون مما يصح التعامل فيه وبيعه بالمزاد العلنى ، وأن يكون معينا بالذات تعيينا دقيقا من حيث طبيعته وموقعه ، وأن يرد هذا التعيين إما فى عقد الرهن ذاته أو فى رهن رسمى

= المشرع المصرى نظام الرهن الرسمى الوارد على السفن بالقانون رقم ٣٥ لسنة ١٩٥١ (أنظر مصطفى كمال طه أصول القانون البحرى ص ٧٣٧ فقرة ٧٤٨) . وعلى غرار هذا النظام عرف فى التشريعات الأجنبية نظام رهن الطائرات ، وسفن الملاحة النهرية .

كذلك أيضاً ظهر نظام شبيه بالرهن الرسمى للمنقولات ، بالنسبة إلى طائفة منها ، تتميز بصعوبة إفلاتها من سيطرة الدائن رغم بقائها فى حيازة الراهن . هكذا نشأ نظام رهن المحال التجارية التى لا يتيسر نقل حيازتها إلى الدائن المرتهن إلا إذا ترك له استغلالها ، وهو أمر لا يرغبه المدين فى معظم الأحوال ، إذ أنها تتكون من عدة عناصر مختلفة تتضمن الاسم التجارى ، والبضائع وكافة المهمات التى توجه استغلالها . . . وصاحب المحل التجارى إذ يرهنه ، يهدف دائماً إلى الحصول على الائتمان دون أن يتخلى عن الحيازة ، لأنه يريد أن يباشر الاستغلال بنفسه . وقد أجاز المشرع المصرى رهن المحال التجارية بالقانون رقم ١١ لسنة ١٩٤٠ الخاص ببيع المحال التجارية ورهنها . واستلزم أن يقع الرهن فى ورقة رسمية أو مصدق فيها على التوقيع . ولا يترتب عليه انتقال الحيازة للدائن المرتهن بل يحتفظ بها المدين . وأخضعه لنظام شهر فى سجل معد لهذا الغرض

هكذا يتبين أن الرهن الرسمى لا يرد كقاعدة عامة إلا على العقار كما نص على ذلك التقنين المدنى . ولكن ليس هناك ما يمنع من استخدامه كأداة ائتمان فعالة بالنسبة إلى المنقولات التى لا تخضع لقاعده الحيازة فى المنقول سند الحائز ، والتى يتيسر بشأنها وضع نظام لشهرها . وبذلك يستفيد الراهن من بقاء الحيازة له ، وهو الأمر الجوهرى الذى تظهر فيه فائدة الرهن الرسمى . (راجع بلانيول وريبير وبيكيه جزء ١٢ فقرة ٢٥٣ ومابعدها - بيدان وفوران جزء ١٣ فقرة ٣٢٦ وما بعدها - روبلو مقال عن « التأمينات الواردة على المنقول دون نقل حيازته » منشور فى الدراسات المهداة إلى جورج ريبير الجزء الثانى ص ٣٦٢) .

لاحق ؛ وإلا وقع الرهن باطلا » .

يستفاد من النص المتقدم وجوب توافر الشروط الآتية :

١ - يجب أن يرد الرهن على عقار بطبيعته إلا إذا قضى نص بغير ذلك فالرهن الرسمى تأمين عينى يستخدم فقط كقاعدة عامة للائتمان العقارى (١)

ويترتب على هذا الشرط أنه لا يجوز رهن العقارات بالتخصيص رهنا رسميا. فهى منقولات بطبيعتها لم تكتسب صفة العقار إلا على سبيل الافتراض. ومن ثم لا يجوز رهنها مستقلة عن العقار الأصلى التى خصصت لخدمته أو استغلاله . وإذا رهن العقار الأصلى التحقت به وأخذت حكمه بطريق التبعية كما سنبين فى بيان ملحقات العقار المرهون .

الرهن الرسمى لا يرد إذن إلا على العقار بطبيعته . وفى هذا الشأن تنبغى الإشارة إلى أن حق الدائن المرتهن يتعلق دائما بالكيان الاقتصادى للعقار ، وهو يعبر عن قيمته المالية . والأصل أن تتجمع سلطات الملكية فى يد شخص واحد هو المالك ، وفى هذه الحالة لاتثور صعوبة بشأن إطلاق حقه فى رهن العقار.

ولكن هذه السلطات قد يتقاسمها معه شخص آخر . ويكون ذلك إذا تقرر له حق انتفاع على العقار . هنا يستأثر المنتفع بسلطات الاستغلال والاستعمال خلال مدة الانتفاع . وتبقى لصاحب العقار ملكية الرقبة فقط . وحينئذ يثور التساؤل بشأن حق كل منهما فى رهن هذا العقار .

لا نزاع فى أن مالك الرقبة له أن يرهن العقار . ولا يتعلق حق الدائن المرتهن إلا بالقيمة المالية التى يمثلها العقار مجرداً من سلطات الاستغلال والاستعمال التى تقررت لصالح المنتفع . فإذا انقضى حق الانتفاع واسترد مالك الرقبة سلطانه الكامل على العقار ، تعلق حق الدائن المرتهن بقيمة العقار بأكمله على أساس أن المنفعة من الملحقات التى يشملها رهن العقار .

---

(١) راجع ما تقدم ص ١٥٠ هامش ١ .

ولكن هل يستطيع المنتفع أن يرهن حق الانتفاع ؟ يجيز القانون الفرنسى ذلك بنص صريح ، إذ تقرر المادة ٢١١٨ فى فقرتها الثانية أنه « يجوز رهن حق الانتفاع على الأموال العقارية خلال المدة المقررة له » . وقد عنى المشرع الفرنسى بتنظيم أحكام هذا الرهن . وخلاصة ما جاء فيها أنه إذا انقضى حق الانتفاع بانتهاء أجله أو بموت المنتفع . ترتب على ذلك زوال حق الدائن المرتهن لأنه موقوت ببقاء الانتفاع .

أما اذا انتهى الانتفاع لأسباب أخرى غير انقضاء أجله أو وفاة المنتفع ، فيظل حق الدائن المرتهن قائما . ويتحقق ذلك إذا تنازل المنتفع عن حقه ، أو حكم القاضى بإنهاء الانتفاع لإساءة المنتفع استعمال العقار . ويسرى نفس الحكم أيضا إذا تلقى المنتفع ملكية الرقبة . حينئذ يستطيع الدائن المرتهن أن يباشر حقه على العقار فى حدود قيمة الانتفاع (١) .

على غرار ما قرره القانون الفرنسى يتجه الفقه السائد (٢) فى مصر إلى أنه يجوز رهن حق الانتفاع . ويخضع هذا الرهن إلى الأحكام التى أوردناها فيما تقدم .

ولكننا نشك فى إمكان تقرير هذا الرهن فى ظل أحكام القانون المصرى . ويبدو لنا أن المشرع فى صياغتة لنظام الرهن الرسمى لم يعن سوى الرهن الصادر من مالك ، على عقار يملكه . هذا هو ما يستفاد صراحة من المادة ١٠٣٢ التى تقضى بوجوب أن يكون الراهن مالكا للعقار المرهون ، ومن نص المادة ١٠٣٥ التى تقرر أن الرهن الرسمى لا يرد إلا على عقار مالم يوجد نص يقضى بغير ذلك .

---

(١) أنظر بلانيول وريبير وبيكيه جزء ١٢ فقرة ٣٥٥ - بيدان وفوران جزء ١٣ فقرة ٣٥٥ .

(٢) راجع سليمان مرقس ص ٣٤ . عبد الفتاح عبد الباقى فقرة ٢١٠ ص ٣١٥ . شفيق شحاته ص ٣٣ .

فاذا نظرنا إلى المنتفع تبين لنا أنه ليس مالكا للعقار ، بل هو يتمتع عليه بحق عينى متفرع عن الملكية يخول له الاستعمال والاستغلال . هذا الحق العينى يعتبر بنص صريح فى التقنين المدنى من الأموال العقارية (م٨٣) . ولو انصرفت نيه المشرع المصرى إلى إمكان رهن هذا الحق ، لعمد فى ذلك إلى استخدام صياغة التقنين الفرنسى التى جاءت صريحة فى أن الرهن الرسمى لا يقتصر على العقار ، وإنما ينصب على الأموال العقارية . هذه الصياغة وحدها هى التى تسمح بتقرير الرهن على حق الانتفاع بوصفه من الأموال العقارية . بل وقد تمادى المشرع الفرنسى فى حرصه فوضع فقرة خاصة من المادة ٢١١٨ أجاز فيها رهن حق الانتفاع . والحكمة من ذلك أن حق الانتفاع ينفرد فى فرنسا بأهمية خاصة نظراً لما له من تطبيقات واسعة النطاق .

أما فى مصر وحيث لا يحظى حق الانتفاع إلا بأهمية ضئيلة ، بل يكاد تطبيقه فى العمل يكون معدوماً ، يثور لدينا الشك فى أن المشرع المصرى انصرفت نيته إلى جواز رهنه . يستفاد ذلك أولا من صياغة نصوص الرهن . فقد تمثل فيها الحرص على أن يكون الراهن مالكا للعقار المرهون . وجاءت منصبة على العقار ، ولم تقرر الرهن على الأموال العقارية بصفة عامة كما هو الحال فى القانون الفرنسى (١) .

قد يقال فى هذا الشأن إن المنتفع له أن يتصرف فى حقه إلى الغير ، ومن ثم فله أن يرهنه . ولكن ذلك يتعارض مع تحديد محل الرهن فى نصوص القانون . فرهن المنتفع سيكون محله حق الانتفاع ، وهو يعتبر مالاً عقارياً ، بينما يشترط المشرع أن يكون الرهن منصباً على العقار (٢) .

---

(١) عنى القانون الفرنسى بوضع أحكام مفصلة لبيان حكم الرهن فى حالة انقضاء الانتفاع ، والصور التى يبقى فيها حق الدائن المرتهن قائماً . ولو انصرفت نية المشرع المصرى إلى جواز تقريره ، لوجدنا نصوصاً مفصلة تحكم هذا الرهن نظراً لما ينفرد به من أحكام خاصة .

(٢) وقد يستفاد إمكان رهن حق الانتفاع من نص م٩٨٨ فى فقرتها الثانية التى تقرر بأنه إذا انتهى حق الانتفاع بحكم القاضى لإساءة المنتفع استعمال العقار فإن ذلك لا ينبغى أن يضر =

ونحن إذ نتجه إلى هذا الرأى ، لا نعنى بذلك أن رهن حق الانتفاع لا يتصور من ناحية فنيه . بل إنه يستقيم مع حق المنتفع على العقار . وهو إذ يتقرر ، يقع فقط على القيمة المالية التى يمثلها حق المنتفع (١) . ولكن الذى يجعلنا نتشكك فى وجوده ، هو تخلف السند القانونى فى نصوص الرهن ، التى توحى بأن المشرع قصره على صدوره من مالك العقار (٢) .

وأيا ما كان الأمر ، فحق الانتفاع بصفة عامة غير مألوف فى مصر ، بل يكاد ينعدم تطبيقه . وقد انقاد تشريعنا فى إفراد نصوص خاصة به إلى التقنينات

= بحقوق الغير . إذ قد تفهم عبارة الغير هنا على أنها تعنى الدائن المرتهن لحق الانتفاع . على أن الغير يمكن أن يكون مستأجر العقار من المنتفع ، أو مجرد دائن عادى شرع فى التنفيذ على حق الانتفاع بالعقار .

(١) وفى مثل هذه الحالة لا يجوز القول بأن الدائن المرتهن لحق الانتفاع اكتسب حقا عينيا تبعيا. ذلك أن الرأى الذى رجحناه هو أن محل الحق العينى ينحصر فقط فى الأشياء المادية المعينة بالذات. انظر تفصيل هذا الرأى وتحليله حسن كيره « الحقوق العينية الأصلية » ج١ فقرة ٢٠ . وعندئذ يمكن القول بأن الدائن المرتهن يكتسب أولوية على غيره من الدائنين تنصب على المقابل النقدى لحق الانتفاع . أى أن الرهن يترتب عليه الاخلال بقاعدة المساواة بين الدائنين.

(٢) وقد كانت المادة ١٤٤٣ (المقابلة للمادة ١٠٣٦ فى التقنين) وهى بسبيل بيان ملحقات المرهون تتضمن فى فقرتها الأولى العبارة الآتية « فاذا كان الرهن مرتباً على حق الرقبة ثم آل حق الانتفاع إلى مالك الرقبة ، فان الرهن يمتد إلى حق الانتفاع ، وذلك دون إخلال بما يكون هذا الحق مثقلا به من حقوق عينية » . وجاء فى المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى تعليقاً على هذه المادة « إذا كان المرهون هو حق الرقبة ، ثم آل حق الانتفاع إلى المالك ، شمل الرهن حق الانتفاع باعتباره تابعاً للرقبة ، مع مراعاة حقوق الغير كما لو كان حق الانتفاع نفسه مرهوناً واشتراه مالك الرقبة المرهونة فان الرهن على الرقبة يشمل حق الانتفاع ولكنه يتأخر عن الرهن الذى رتب على حق الانتفاع من قبل » . واقترح أمام لجنة المراجعة إلغاء الجزء المتقدم من الفقرة الأولى فوافقت اللجنة على ذلك (انظر مجموعة الأعمال التحضيرية جزء ٧ ص ٢٤) . وهكذا اختفت الإشارة الوحيدة التى كانت تتعلق برهن حق الانتفاع ، وجاء التقنين المدنى خلواً من أى تنظيم له ، على خلاف مسلك المشرع الفرنسى فى هذا الشأن. ونحن نأسف أن لجنة المراجعة لم تبين الأسباب التى من أجلها أشارت بإلغاء الحكم المتقدم. ويبدو لنا أنها تأثرت بندرة هذا النوع من الرهون فى مصر ، فاستبعدته من التنظيم القانونى لنظام الرهن الرسمى.

الأجنبية حيث يحتل فى بعض منها أهمية خاصة كما هو الحال فى فرنسا (١) .

٢ - يجب أن يكون العقار المرهون مما يصح التعامل فيه . هذا الشرط يستجيب إلى هدف تقرير الرهن الرسمى . فالدائن المرتهن يريد استيفاء حقه من ثمن العقار المرهون . فاذا كان هذا العقار لايجوز التعامل فيه ، استحال على الدائن أن يتخذ إجراءات البيع . وبالتالى يفقد الرهن الحكمة من تقريره .

وتطبيقاً لذلك لا يجوز رهن الأموال العامة فهى تخرج عن دائرة التعامل ، ولا يجوز الحجز عليها .

وفى هذا الشأن أيضاً يتجه الرأى الغالب إلى عدم جواز رهن العقار الذى اقترنت ملكيته بشرط مانع من التصرف . لأن الرهن قد يفضى إلى بيع العقار ، وبذلك يهدر حكم هذا الشرط . وعلى هذا النحو يقع باطلا كل تصرف مخالف له (م ٨٢٤ مدنى) . على أنه ينبغى ألا يؤخذ هذا القول على إطلاقه . بل يجب النظر إلى الحكمة من تقرير شرط المنع من التصرف ، فاذا لم يتعارض الرهن معها وقع صحيحاً . من ذلك مثلا أن يرد هذا الشرط فى عقد بيع عقار

---

(١) أثير التساؤل فى فرنسا عن جواز رهن حق الرهن الرسمى وغيره من الحقوق العينية التبعية العقارية بوصفها من الأموال العقارية . كان هذا الرهن جائزا فى القانون الرومانى والقانون الفرنسى القديم . ولكن القانون الحديث لم يقره . إذ تقضى نصوص قانون المرافعات فى فرنسا (م ٧٧٥) بأن الناتج من تنفيذ الدائن المرتهن على العقار يشترك فيه دائنوه بوصفه من الأموال المنقولة طبقاً للقواعد العامة . أما فى مصر فلا يثور الشك فى عدم جواز هذا الرهن. لأن المشرع المصرى قصر ذلك فقط على الرهن الصادر من مالك العقار ، والدائن المرتهن لا يصدق عليه هذا الوصف .

على أن الدائن المرتهن إذا أراد استخدام حقه فى الحصول على ائتمان فيمكنه الاستعانة بأداة أخرى . فهو يستطيع أن يرهن دينه المضمون بالرهن الرسمى (وقد أجاز المشرع رهن الديون فى المواد ١١٢٣ وما بعدها رهنا حيازياً) وبذلك يستفيد الدائن المرتهن حيازياً من التأمينات التى تكفل الدين المرهون بما فيها حق الرهن الرسمى. راجع بودان وفوران جزء ١٣ فقرة ٣٥٧ ص ٣٦٨ - انظر أيضا سليمان مرقس فقرة ٢٨ - شفيق شحاته فقرة ٣٥ .

لم يسدد ثمنه ، حتى يتفادى البائع تتبع العقار تحت يد الغير إذا أراد التنفيذ عليه بمقتضى امتياز بائع العقار . تحقيق هذا الغرض لا يقتضى تحريم الرهن ، لأنه إذا انتهى الأمر إلى أن الدائن المرتهن اتخذ إجراءات التنفيذ على العقار ، فإن تسجيل حكم مرسى المزاد يطهر العقار من الحقوق العينية المقررة عنه بما فيها امتياز البائع . وهو على هذا النحو يستوفى حقه من الثمن الذى رسا به المزاد حسب المرتبة التى اكتسبها بقيد الامتياز ، و ذلك دون أن يضطر إلى مباشرة حق التتبع تحت يد الغير وهو ما أراد أن يتفاداه باشتراط المنع من التصرف (١) .

٣ - يجب أن يكون العقار مما يجوز بيعه بالمزاد العلنى (٢) . والقول بغير ذلك يجرد الرهن من قيمته بالنسبة إلى الدائن المرتهن . فغايته من هذا التأمين هو استيفاء حقه من ثمن بيعه .

وتطبيقاً لذلك لا يجوز رهن حق الاستعمال والسكنى بوصفها من الحقوق العينية العقارية ، وذلك حتى بالنسبة للاتجاه الفقهى الذى يسلم بامكان رهن حق الانتفاع . إذ الأصل فى حق الاستعمال والسكنى أنه تقرر لصالح شخص معين . ولهذا نص القانون على عدم جواز التنازل عنه للغير إلا بناء على شرط صريح أو مبرر قوى (م ٩٩٧) .

---

(١) راجع ماتقدم ص ١٦ هامش ١ . أنظر أيضاً بيدان وفوران جزء ٤ فقرة ٢٧٣ .

(٢) انظر شفيق شحاته ص ٢٨ ، إذ يرى عدم فائدة هذا الشرط ، فى وجوب أن يكون العقار مما يصح التعامل فيه ما يغنى عنه . لأن الأشياء التى لا يجوز بيعها بالمزاد العلنى هى حتما من الأشياء التى لا يمكن التعامل فيها .

وراجع فى مناقشة هذا القول عبد الفتاح عبد الباقى ص٣١٣ هامش ٤ حيث يقرر إنه قد لا يتحقق التلازم بين الشرطان . فحق الارتفاق مثلا لا يجوز بيعه بالمزاد ، ولكن قد يتنازل عنه صاحبه للغير مقابل مبلغ من المال . وعلى ذلك فلولا اشتراط كون العقار مما يجوز بيعه بالمزاد لأمكن رهن حق الارتفاق .

على أنه يلاحظ فى الواقع أن عدم جواز رهن حق الارتفاق ، مرده إلى أنه يعتبر من توابع العقار بنص القانون ، ومن ثم فلا يجوز رهنه بصفة مستقلة عن العقار .

يثير هذا الشرط أيضا نطاق تطبيق القانون رقم ٥١٣ لسنة١٩٥٣ المتعلق بعدم جواز التنفيذ على الملكية الزراعية فى حدود خمسة أفدنة (١) . وقد جاء هذا القانون تعبيرا عن رغبة المشرع فى حماية طبقة صغار الزراع ، وتمكينهم من الاحتفاظ بحد أدنى من الأراضى الزراعية تفلت من ضمان الدائنين .

على أنه يلاحظ بشأن تطبيق هذا القانون أن المادة الأولى منه تمنع التنفيذ على الأراضى الزراعية إذا لم يجاوز ما يملكه المدين خمسة أفدنة . فاذا زادت ملكيته على هذه المساحة وقت التنفيذ ، جاز اتخاذ الإجراءات فى نطاق هذه الزيادة.

وتضيف المادة الثالثة أن حق المدين فى التمسك بعدم جواز التنفيذ يسقط إذا فوت ميعاد الاعتراض على قائمة شروط البيع المنصوص عليه فى المادة ٦٤٢ من تقنين المرافعات . ومن هنا يتضح أن أحكام هذا القانون لا تتعلق بالنظام العام ، بل يجب على المدين أن يعترض على التنفيذ إذا كان ما يملك لا يتجاوز خمسة أفدنة . على أنه لا يجوز تنازل المدين مقدماً عن التمسك بأحكام هذا القانون . والقول بغير ذلك يهدر الحماية المقررة ، لأن المدين فى الغالب من الأمر قد يضطر تحت ضغط الحاجة إلى المال أن يمنح الدائن هذا التنازل ليحصل منه على ائتمان . لهذا قررت المادة الثالثة بأنه يقع باطلا كل تنازل عن التمسك بالحظر المنصوص عليه فى المادة الأولى .

يستفاد مما تقدم أن المدين الذى يملك أرضاً زراعية لا تتجاوز خمسة أفدنة ، يستطيع أن يرهنها رهناً رسمياً للدائن . فليس فى نصوص القانون ما يمنع ذلك. على أن التنفيذ عليها يمتنع عند استحقاق أجل الدين ، إلا إذا زاد ما يملكه المدين على خمسة أفدنة ، ويقع التنفيذ فقط على هذه الزيادة. بل وقد تتم الاجراءات بالنسبة إلى النصاب المقرر فى القانون ، إذا باشر الدائن التنفيذ وفوت المدين الموعد المحدد فى تقنين المرافعات للاعتراض على قائمة شروط البيع (١).

---

(١) راجع أحمد أبو الوفا إجراءات التنفيذ فقرة ١٣٧ وما بعدها .

ويلاحظ فى العمل أن الدائن لا يقبل الاستعانة بنظام الرهن الرسمى لتقرير تأمين لصالح صغار الزراع الذين لا تتجاوز ملكيتهم خمسة أفدنة . ذلك أن مصير الرهن لن يؤدى فى الغالب من الأمر إلى تحقيق غرضه . وفى هذا الشأن يروج الرهن الحيازى العقارى فى بيئات الريف ، حيث تنتقل حيازة العقار إلى الدائن المرتهن فيتيسر له استيفاء الدين من حصيلة استغلاله العقار على النحو الذى سنفصله فى دراستنا للرهن الحيازى (١) .

٤ - يجب أن يكون العقار معينا بالذات من حيث طبيعته وموقعه . هذا الشرط تعبير صادق عن مبدأ تخصيص الرهن . وقد بينا من قبل أن هذا المبدأ ينصرف أيضا إلى تحديد الالتزام المضمون (٢) .

يهدف مبدأ تخصيص الرهن باشتراط تعيين العقار المرهون على سبيل التحديد إلى حماية المدين والدائنين . فهو يحد من شهوات مدين مسرف يلقى بكافة ما يملك من عقارات للحصول على ائتمان بضمانها . ويحثه على تقديم الرهن بالقدر اللازم فقط لأداء الدين المضمون . ومن ناحية أخرى يحقق صالح الدائنين ، وكافة من يتعامل مع المدين ، وذلك ببيان مركز العقار وما ترتب عليه من حقوق عينية . فإذا أضفنا إلى ذلك أن المشرع قد استلزم بيان قدر الدين المضمون ، تبرز لنا أهمية مبدأ تخصيص الرهن ودوره فى حماية الغير .

وتطبيقاً لفكرة التخصيص قضى التقنين المدنى فى المادة ١٠٣٣ بأنه يقع باطلا رهن المال المستقبل . على أن اشتراط تخصيص العقار المرهون وبيانه على نحو ينفى الجهالة يغنى عن هذا الحكم . إذ أن رهن المال المستقبل هو رهن يرد على مال غير محدد وبالتالى فهو باطل بطلانا مطلقا تطبيقا لقاعدة تخصيص الرهن.

أما إذا رهن شخص مالا مستقبلا وحدد العقار تحديدا ذاتيا ، فنكون هنا

---

(١) راجع ملحق تقرير لجنة القانون المدنى بمجلس الشيوخ فى التعليق على الإقتراح بإلغاء المواد من ١١١٤ إلى ١١١٦ مجموعة الأعمال التحضيرية جزء ٧ ص ٢٤٨ .

(٢) راجع فيما تقدم فقرة ٥٠ .

بصدد صورة من صور رهن ملك الغير وهى خاضعة كما سبق البيان لحكم خاص ورد فى الفقرة الأولى من المادة ١٠٣٣.وبعبارة أخرى فبطلان رهن المال المستقبل لا يستند فى التقنين المصرى على أن الراهن لا يمتلك العقار المرهون ، بدليل أن لهذه الحالة حكما خاصا بها . وإنما على أساس تخلف مبدأ تخصيص الرهن وعدم بيان العقار بيانا دقيقاً (١) .

ويقتضى مبدأ تخصيص الرهن أن يعين العقار من حيث طبيعته وموقعه. فيبين إذا كان أرضا زراعية أو منزلا . ويحدد الموقع بذكر البيانات النافية للجهالة، والأمر فى تقديرها متروك للقاضى إذا ثار بشأنها النزاع :

هذا التعيين إذا لم يرد فى عقد الرهن ذاته ، فيجوز أن يتم فى عقد لاحق؛ ولكن يجب فى هذه الحالة أن يفرغ هذا العقد فى الشكل الرسمى .

ويترتب على إغفال تحديد العقار على النحو المتقدم أن يقع الرهن باطلا بطلاناً مطلقاً كما تقضى بذلك صراحة المادة ١٠٣٥ فى فقرتها الثانية . ويجوز لكل ذى مصلحة التمسك بهذا البطلان .

أخيراً تنبغى الإشارة إلى أن تخصيص الرهن من حيث العقار المرهون لم يقتصر المشرع على اشتراطه فقط فى عقد الرهن ، بل استلزمه مرة أخرى فى قائمة القيد التى تقدم للشهر العقارى . وقد جاء فى البند الخامس من المادة ٣٠ أنه يجب أن تتضمن قائمة القيد تعيين العقار الذى رتب عليه الحق تعييناً دقيقاً . ولنا إلى هذا الحكم عودة فى دراسة شهر الرهن الرسمى .

---

(١) وقد جاء فى المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى جزء ٧ ص ١٥ «أنه إذا كان العقار مالا مستقبلا معيناً بالذات وغير مملوك للراهن ، فإن الرهن يكون باطلا بطلاناً نسبياً . أما إذا كان الرهن واقعاً على عقار لم يعين بالذات ، واقتصر الراهن على رهن ما عسى أن يملكه فى المستقبل من عقار ، فإن الرهن يكون باطلا بطلاناً مطلقاً لأنه يتعارض مع مبدأ تخصيص الرهن » .

انظر سليمان مرقس فقرة ٣١ - عبد الفتاح عبد الباقى فقرة ٢١٥.

٥٣ - ملحقات العقار :

تنص المادة ١٠٣٦ على أنه يشمل الرهن ملحقات العقار المرهون التي تعتبر عقاراً . ويشمل بوجه خاص حقوق الارتفاق والعقارات بالتخصيص والتحسينات والانشاءات التي تعود بمنفعة على المالك ، ما لم يتفق على غير ذلك ، مع عدم الاخلال بامتياز المبالغ المستحقة للمقاولين أو المهندسين المعماريين المنصوص عليه في المادة ١١٤٨ .

تتناول هذه المادة ملحقات العقار التي تعتبر تابعة له ؛ فيمتد إليها الرهن بحكم القانون . هذه الملحقات تأخذ حكم العقار حتى ولو لم ينص عليها في التعاقد بين الراهن والدائن المرتهن .

على أن هذه القاعدة التي وضعها المشرع بشأن الملحقات ليست آمرة ، بل يجوز للمتعاقدين الخروج عليها ، وذلك بالنص صراحة على استبعاد بعض هذه الملحقات وعدم تعلق حق الدائن المرتهن بها .

ولدراسة هذه الملحقات أهمية خاصة ، إذ على ضوئها يتحدد وعاء حق الأفضلية ، أي الأموال التي يستطيع الدائن المرتهن أن يباشر عليها حقه في التقدم على سائر الدائنين (١) .

على ضوء ما تقدم نبين الآن ما يعتبر من ملحقات العقار فيأخذ حكمه ويرد عليه حق الدائن المرتهن : -

١ - العقارات بالتخصيص : وهي المنقولات التي يضعها مالك العقار رصداً على خدمة هذا العقار أو استغلاله . وعلى هذا النحو فهي عقارات حكمية ؛ تتغير صفتها القانونية بتخصيص إرادي ؛

يترتب على ذلك أن النظر إليها بصفة مستقلة لا ينفي عنها صفة المنقول . فهي لا تتجرد من هذه الصفة إلا بوضعها في عقار بطبيعته ، وتخصيصها لخدمة

---

(١) راجع بلانيول وريبير وبيكيه جزء ١٢ فقرة ٣٣١ وما بعدها - بودان وفواران جزء ١٣ فقرة ٣٤٩ وما بعدها .

هذا العقـار أو استغلاله ، ووقوع هذا التخصيص من مالك واحد للعقار والمنقولات المخصصة (١) .

من هذه الرابطة التى تنشأ بين المنقولات والعقار بسلطان إرادة المالك ، تأخذ هذه المنقولات حكم العقار فتصير تابعة له ، يلحقها ما أصابه من رهن ويتعلق بها حق الدائن المرتهن سواء وقع التخصيص قبل الرهن أو فى تاريخ لاحق. وعلى النقيض من ذلك لا يجوز رهنها رهناً رسمياً بصفة مستقلة ، لأن النظر اليها وحدها ينفى عنها صفة العقار ويردها إلى طبيعتها الأصلية .

هذه التبعية القانونية التى تترتب بارادة مالك العقار والمنقولات ، تثير فى العمل عدة منازعات . فينبغى النظر أولا فى مدى حق المالك فى تجريد هذه المنقولات من صفة العقار بتغيير تخصيصها ، ومدى تعلق حق الغير بها كأن يكون بائعها وله عليها امتياز بائع المنقول . هذا الوضع يترتب عليه مزاحمة الدائن المرتهن رهنا رسميا للعقار . ويقتضى بيان من يفضل الآخر فى هذا الشأن . كل هذه المسائل نكتفى الآن بالاشارة إليها . ولنا إليها عودة مفصلة فى دراسة آثار الرهن وحقوق الامتياز (٢) .

٢ ـ حقوق الارتفاق : والمقصود بذلك حقوق الارتفاق الايجابية المقررة لخدمة العقار المرهون . هذه الحقوق بوصفها من الأموال العقارية ، لا يجوز رهنها مستقلة عن العقار الذى تخدمه ، ولكن رهن هذا العقار يمتد اليها بحكم القانون كما ورد صراحة فى نص المادة ١٣٦ من التقنين المدنى .

٣ ـ التحسينات والإنشاءات التى تعود بمنفعة على المالك : غنى عن البيان أن الدائن المرتهن يستفيد من زيادة قيمة العقار المترتبة على عوامل اقتصادية

---

(١) انظر فى تفصيل ذلك إسماعيل غانم محاضرات فى النظرية العامة للحق ص ٩٢ ـ حسن كيره الحقوق العينية الاصلية ج ١ ص ٧٦ ـ جولف رسالة من باريس ١٩٤٣ .

(٢) راجع فى بيان هذه المسائل دراستنا التالية لحق الراهن فى استغلال العقار المرهون وملحقاته والتصرف فيه ، وبيان وعاء الأفضلية فى الرهن . انظر أيضاً دراستنا لامتياز بائع المنقول ومن قام بحفظه وترميمه .

خارجة عن إرادة الراهن ، كما يضار من أى هبوط يصيب هذه القيمة نتيجة لتلك العوامل . على هذا النحو يرتفع قدر التأمين إذا زادت قيمة العقار نتيجة أسباب اقتصادية . من ذلك مثلا أن يكون العقار المرهون منزلا ، فتزداد قيمته الاقتصادية بسبب انشاء طريق جديد يطل عليه ، أو يكون أرضاً زراعية استفادت من مشروع رى أو صرف . هذه الزيادة تلحق العقار بطريقة حتمية . فهى لا تتميز بكيان خاص يمكن فصله ، ومن ثم يتعلق حق الدائن المرتهن بالقيمة الاقتصادية للعقار وقت التنفيذ عليه (١) .

وإنما الذى تعنيه نص المادة ١٠٣٦ هى الاضافات التى تتصل بالعقار نتيجة لفعل الطبيعة أو عمل الانسان فتأخذ حكمه بوصفها من توابعه .

فمن قبيل الملحقات التى تضاف إلى العقار بفعل الطبيعة ما يترتب على طمى النهر من زيادة تتصل بالعقار فتأخذ حكمه تطبيقاً لقواعد الإلتصاق (٢) .

ويمتد الرهن أيضاً إلى الملحقات التى تتم بعمل الانسان . وتتناول كافة التحسينات والانشاءات التى يجريها على هذا العقار . ويتعلق بها حق الدائن المرتهن أيا ما كانت قيمتها . ولا يهم فى ذلك أن تتجاوز فى أهميتها قيمة العقار المرهون فى ذاته . فلو كان الرهن قد ورد على أرض فضاء ، ثم شيد عليها الراهن منشآت تجاوز قيمة الأرض ، فهنا يتعلق حق الدائن بالأرض والمنشآت معا . وليس ذلك سوى تطبيق للمبدأ الذى استجاب إليه المشرع وهو أن كل ما لصق بالأرض يأخذ حكمها (٣) .

---

(١) بلانيول وريبير وبيكيه جزء ١٢ فقرة ٣٨٥ .

(٢) وتطبيقا لذلك حكم بتعلق حق الدائن المرتهن بالزيادة التى ظهرت فى مساحة العقار المرهون عند إعادة مسحه . (استئناف مختلط ١٢ أبريل ١٩١١ مجموعة ٢٣ ص ٢٦٠) - أنظر سليمان مرقس ص ٤٦ .

(٣) جاء فى المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى أن الرهن يشمل «ما أدخل على العقار ولو بعد الرهن من تحسينات مهما زادت فى قيمته . وما أقيم من منشآت تعود بالمنفعة على المالك كما إذا أقام المالك على الأرض المرهونة بناء فان هذا الرهن يشمله مهما كان كبيراً» .

على أنه فى هذا الشأن يراعى ما سبق بيانه فى حالة ما إذا كانت المبانى المشيدة مملوكة بصفة موقتة لمن أقامها فى أرض الغير (١) . فإذا كانت الأرض مرهونة فإن الرهن لا يمتد إلى المبانى أثناء تملك الغير لها . فإذا عادت إلى صاحب الأرض بحكم الالتصاق الذى تراخت آثاره . حينئذ يتعلق بها حق الدائن المرتهن للأرض .

أما إذا لم يتملك البانى فى ملك الغير ما أقامه عليها من منشآت : وهى الصورة المألوفة عادة . فتستقر ملكيتها لمالك الأرض بحكم الالتصاق ، وعلى هذا النحو يمتد إليها حق الدائن المرتهن للأرض . وتخضع علاقة البانى بصاحبها للأحكام العامة التى وردت فى الالتصاق .

يلاحظ أخيرا أن امتداد الرهن إلى مايلتحق بالعقار من تحسينات وإنشاءات لا ينبغى أن يضر بامتياز المبالغ المستحقة للمقاولين أو المهندسين المعماريين (م ١٠٣٦ مدنى) . ولنا إلى هذا الحكم عودة مفصلة فى دراسة حقوق الامتياز (٢) .

٤ ـ ثمار العقار من وقت تسجيل نزع الملكية : نصت المادة ١٠٣٧ من التقنين المدنى على أنه « يترتب على تسجيل تنبيه نزع الملكية أن يلحق العقار ما يغله من ثمار وإيراد عن المدة التى أعقبت التسجيل . ويجرى فى توزيع هذه الغلة ما يجرى فى توزيع ثمن العقار » .

وعلى غرار هذا الحكم قضى تقنين المرافعات فى المادة ٦١٧ بأنه « تلحق بالعقار ثمراته وإيراداته من يوم تسجيل التنبيه ليوزع منها ما يخص المدة التى تلى التسجيل كما يوزع ثمن العقار » .

الأصل فى نظام الرهن الرسمى أن الراهن لا يحرم من استغلال العقار

---

(١) راجع فيما سبق فقرة ٤٨ .

(٢) أنظر ماسيأتى بيانه فى دراسة الامتيازات العقارية الخاصة بشأن امتياز المقاول والمهندس المعمارى .

المرهون والاستئثار بالثمار التى يجنيها من هذا الاستغلال . وفى هذا الشأن تنص المادة ١٠٤٤ من التقنين المدنى على أن « للراهن الحق فى إدارة العقار المرهون وفى قبض ثماره إلى وقت التحاقها بالعقار » .

وهذا حكم طبيعى يستقيم مع بقاء الحيازة للراهن : بل لعله هو الذى يميز الرهن الرسمى عن الرهن الحيازى بشأن المفاضلة بينهما فى نظم التأمينات العينية بصفة عامة .

على أن هذه الحرية المكفولة للراهن فى استغلال العقار المرهون لا ينبغى الأخذ بها على إطلاقها . وسنبين ما يرد عليها من قيود فى دراسة آثار الرهن(١). وإنما الذى يعنينا هنا فى تحديد ملحقات العقار هو الحكم الذى أخذ به المشرع المدنى وجاء مثيله فى تقنين المرافعات . ومقتضاه أن الثمار تلتحق بالعقار فتأخذ حكمه من وقت تسجيل تنبيه نزع الملكية . والمقصود بعبارة أدق أن هذه الثمار يجرى عليها ما يجرى بشأن ثمن العقار ، فيباشر عليها الدائن حقه فى الأفضلية التى تخولها له مرتبة الرهن فى مواجهة الدائنين الآخرين .

وقد أراد المشرع أن يضع حداً لاستئثار الراهن بغلة العقار المرهون . واتخذ لذلك تاريخاً محدداً ، هو الشروع فى إجراءات التنفيذ ، وذلك بتسجيل تنبيه نزع الملكية . وكفل للدائن المرتهن أن يباشر الأفضلية التى يخولها له الرهن على ثمار العقار أيضاً . فلم يخضعه بشأنها لقاعدة المساواة بين الدائنين .

وقيل فى تعليل هذا الحكم « أنه وإن كان الرهن لا يسلب الراهن حقه فى الانتفاع بالعين واستغلالها وجنى ثمراتها لحساب نفسه ، إلا أن حق المرتهن فى اقتضاء دينه بالأولوية من توابع العين يبقى مع ذلك كامناً إلى أن يظهر حين يشرع فى التنفيذ على العقار أحد الدائنين مرتهناً كان أو عادياً » (٢).

---

(١) أنظر فيما يلى دراستنا فى آثار الرهن على حق الراهن فى استغلال العقار المرهون.

(٢) استاذنا المغفور له الدكتور حامد فهمى « تنفيذ الأحكام والسندات الرسمية » الطبعة الثالثة التى أتمها الأستاذ محمد عبد الله محمد ص ٣٣٩ .

والثمار في هذا الشأن إما أن تكون مادية وهي التي تتولد بفعل الطبيعة كالكلأ وتسمى ثمارا طبيعية . أو يتدخل الإنسان في إنتاجها كالمزروعات وتسمى ثمارا مستحدثة . وإلى جانب الثمار المادية هناك الثمار المدنية وهي ما يغله العقار من إيراد نقدى يؤديه من انتفع بالعقار كالمستأجر مثلا .

وتتميز الثمار عما يسمى بالمنتجات بأنها تمثل الايراد المنتظم الذى يغله العقار دون مساس بجوهره . على أن هذه الخصيصة الأخيرة ليست مطلقة . فاذا أعد العقار نظراً لطبيعته الخاصة . على نحو يغل إيراداً منتظما ، فإن ما ينتج عن ذلك يعتبر من قبيل الثمار ولو كان من شأنه المساس بجوهر العقار . مثال ذلك ما يمكن أن تغله المناجم والمحاجر لأصحابها في مواعيد دورية متجددة . وهذا ما يسميه البعض بالثمار الصناعية .

لا تثور صعوبة بشأن الثمار المدنية ، فهى تتحدد بكل ما يستحق من مقابل نقدى لاستغلال العقار عن المدة اللاحقة على تسجيل تنبيه نزع الملكية . فيتعلق حق الدائن المرتهن بالأجرة اللاحقة على هذا التاريخ ، ولا يمتد إلى الأجرة الواجبة عن مدة سابقة حتى ولو استحق أداؤها بعد تسجيل تنبيه نزع الملكية .

ولكن يثور الخلاف بين الفقهاء بشأن الثمار المستحدثة كحصيلة الأراضى المزروعة . ونلمس في هذا اتجاهين متعارضين .

ففريق يذهب إلى القول بأن حق الدائن المرتهن لا يتعلق بثمار الأراضى الزراعية إلا في نطاق المدة التى أعقبت تسجيل تنبيه نزع الملكية . ويحتسب هذا منذ بدء زراعته إلى يوم جنيه . فإذا كانت الفترة الزراعية مثلا ستة شهور ، وتم تسجيل تنبيه نزع الملكية في منتصف هذه الفترة ، لا يتعلق حق الدائن المرتهن إلا بنصف قيمة المحصول (١) . ويستند هذا الرأى إلى أن نص المادة

---

(١) في هذا المعنى رمزى سيف « تنفيذ الأحكام والعقود الرسمية» فقرة ٣٩٧ - عبد الفتاح عبد الباقى ص ٣٤٦ - احمد أبو الوفا في اجراءات التنفيذ الطبعة الثانية ص ٦٣٩ ، سليمان مرقس ص ٤٨ .

١٠٣٧ صريح فى أن إلحاق الثمار بالعقار لا يكون إلا عن المدة التى أعقبت تسجيل تنبيه نزع الملكية (١).

ويتجه جانب آخر من الفقه إلى أن العبرة بتاريخ جنى الثمار . وبذلك إذا سجل تنبيه نزع الملكية قبل هذا التاريخ ، التحقت الثمار بالعقار وتعلق بها حق الدائن المرتهن ، من غير استبعاد جزء منها يمثل الفترة السابقة التى بقى فيها المحصول بالأرض . ويستجيب هذا الاتجاه إلى تفادى الصعوبات التى تترتب على احتساب المدد وقصر حق الدائن المرتهن على نصيب يمثل الفترة اللاحقة على تسجيل تنبيه نزع الملكية (٢) . ويستعين أيضاً بنص المادة ٩٧٨ مدنى فى فقرتها الثانية . وهى التى تضع حكم الثماز التى يمتلكها حائز العقار حسن النية فلا يلتزم بردها إلى المالك . وتقضى بأن الثمار الطبيعية أو المستحدثة تكون مقبوضة من يوم فصلها ، أما الثمار المدنية فتعتبر مقبوضة يوماً فيوماً (٣) .

ونميل من ناحيتنا إلى تأييد الرأى الأول . إذ ينبغى فى تقديرنا أن تقتصر آثار التحاق الثمار بالعقار على الفترة اللاحقة على التاريخ الذى حدده القانون وهو تسجيل تنبيه نزع الملكية . لا نستند فى ذلك إلى ما يستفاد من نصوص القانون فقط ، وإنما نستجيب أيضا إلى أحكام الرهن الرسمى .

فالرهن الرسمى كنظام قانونى يتميز باطلاق حرية المدين فى استغلال العقار والاستئثار بثمرة هذا الاستغلال . ولعل ذلك هو جوهر الرهن الذى يجعله نظاما قانونياً ملائما للمدين . فهو يمكنه من الحصول على إئتمان عقارى ، دون

---

(١) ويستعين هذا الاتجاه الفقهى أيضاً لتأييد ما يذهب إليه بالمذكرة الإيضاحية لمشروع قانون المرافعات ١٩٤٤ . فقد جاء فيها تعليقاً على حكم م ٤٥٦ (ويماثلها م ٦١٧ فى التقنين) أنه فى حالة الثمرات تقدر المدة الزراعية للمحصول ويوزع من ثمن المحصول الجزء المقابل للفترة اللاحقة لتسجيل التنبيه كما يوزع ثمن العقار » . (راجع أيضا مذكرة المشروع التمهيدى للتقنين المدنى جزء ٧ ص ٢٧ ويستفاد منها هذا المعنى لأنها تحدد الغلة عن المدة التى أعقبت تسجيل تنبيه نزع الملكية) .

(٢) المغفور له الدكتور محمد حامد فهمى المرجع السابق فقرة ٣٥٢ .

(٣) شفيق شحاته فى النظرية العامة للتأمين العينى ص ١١٠ وهامش ٢ .

أن يحرمه من الانتفاع بالعقار . فاذا خرج المشرع عن هذا الأصل ، وجب تقييد هذا المسلك وتفسيره فى أضيق الحدود . وعلى هذا النحو ينبغى تفهم الحكم الوارد فى المادة ١٠٣٧ .فهو لا يرمى إلى إهدار حق المدين فى استغلال العقار . ولكنه يكفل للدائن أولوية على ثمرة هذا الاستغلال ، مفضلا بذلك على سائر الدائنين العاديين . ولا يتحقق ذلك إلا بالاجراء التى يعبر عن الشروع فى التنفيذ . وهو الذى يجعل العقار فى طريقه إلى البيع جبرا على المدين . ومن ثم يقتصر حكم التحاق الثمار بالعقار على المدة اللاحقة على هذا الاجراء . ولكنه لا ينصرف إلى فترة سابقة عليه . ذلك أن هذه الفترة الأخيرة تمثل مقابل استغلال العقار فى وقت كان المدين فيه حراً فى هذا الاستغلال . فمن حقه أن يستأثر به .

والقول بغير ذلك يؤدى إلى تفرقة لا مبرر لها . فلو افترضنا أن صاحب الأرض المرهونة لم يزرعها وإنما استغلها عن طريق الايجار ، وكان يحصل على الأجرة فى مواعيد دورية ، فهنا ينعقد رأى الفقه على أنحق الدائن المرتهن لا يتعلق إلا بالاجرة المستحقة بعد تسجيل التنبيه . ثم يظهر الخلف حينما يتعلق الأمر بمحصولات ، فيذهب البعض إلى تعلق حق الدائن المرتهن بها دون تفرقة بين فترة سابقة أو لاحقة على تسجيل التنبية . وفى هذا القول ايثار بلا مبرر لمدين استغل أرضه بايجارها على آخر باشر زراعتها .

أخيراً نشير بشأن الثمار إلى حكم هام يتعلق ببيع الثمار قبل جنيها . فإن هذا البيع يسرى كقاعدة عامة فى مواجهة الدائن المرتهن فلا يتعلق بها حقه مادام البيع قد تم بتاريخ ثابت قبل تسجيل تنبيه نزع الملكيه ، إلاإذا أمكن اثبات الغش أى الإضرار بالدائن . ولنا إلى هذا الحكم عودة فى دراسة حق الراهن فى استغلال العقار المرهون .

فرغنا فى كل ما تقدم من دراسة العنصر الجوهري فى انشاء الرهن الرسمى وقد انصرف جهدنا إلى تحليل الأحكام التى تدور حول شخص الراهن ، وبيان تلك التى تتعلق بالالتزام المضمون ، وأخيرا ما يتصل منها بالعقار المرهون .

على أن هذا العنصر الجوهرى لا ينهض وحده لتقرير الرهن ، بل استلزم المشرع المصرى خلافا للقواعد العامة أن تفرغ الارادة فى شكل معين هو الرسمية . ومن هنا وجبت دراسة هذا العنصر ليكمل تكوين الرهن الرسمى فيما بين المتعاقدين .

المطلب الثانى

العنصر الشكلى – الرسمية شكل التعبير عن الرضاء –

٥٤ – وجوب التعبير عن الرضاء فى شكل رسمى – الحكمة من تقريره :

نصت المادة ١٠٣١ فى فقرتها الأولى على أن الرهن لا ينعقد إلا إذا كان بورقة رسمية . وحرص المشرع فى مواضع أخرى بصدد شروط جوهرية فى صحة الرهن على وجوب إفراغها فى شكل رسمى أيضاً . فقد استلزم ورقة رسمية لإقرار المالك الحقيقى لرهن أوقعه الغير على ملكه (١) وقرر أن تعيين العقار تعييناً دقيقاً من حيث طبيعته وموقعه إذا لم يرد فى عقد الرهن ذاته ، فيجب أن يتم فى ورقة رسمية لاحقة (٢). ونفقات العقد على الراهن إلا إذا اتفق على غير ذلك .

هكذا خرج التقنين المدنى عن القواعد العامة فى رضائية العقود ، وإطلاق الحرية فى طريقة التعبير عن الرضاء . على أن الرسمية بمعناها الحديث لا تهدر الجوهر ، بل تهدف إلى ضمان التعبير عنه على نحو مأمون . ومن ثم فاشتراط الرسمية لا يتضمن مساساً بكافة الشروط الموضوعية التى يستلزمها القانون لانعقاد العقد . وبذلك تتميز الرسمية الحديثة عن الشكلية التى عرفتها الشرائع

---

(١) راجع ما تقدم فقرة ٤٠ فى رهن ملك الغير .

(٢) انظر ما تقدم فقرة ٥٠ فى بيان الشروط الواجب توافرها فى العقار المرهون .

القديمة كالقانون الرومانى ، حينما كان الشكل يطغى على الإرادة فلا يعتد إلا به وحده (١) .

وقد اصطلح الفقه ، منذ أن تقررت رسمية عقد الرهن ، على تبريرها بأنها تتضمن تحذيرا للمدين من خطورة التصرف الذى هو مقدم عليه ، عساه يتبصر قبل أن يبرمه (٢) .

وعاب جانب من الفقه الحديث هذا القول . ذلك أن الرهن ليس وحده هو التصرف الخطير الذى تجدر بشأنه حماية خاصة . فالبيع مثلا وهو تصرف فى المال بصفة نهائية قد تركه المشرع رضائياً ، فلم يشترط لانعقاده شكلا معيناً. ويخلص هذا الاتجاه إلى أن الرسمية من مخلفات التاريخ التى نقلها كل مشرع عمن سبقوه . فلم يعد لها مبرر بعد تقرير نظام الشهر العقارى (٣) .

والواقع أن الرسمية تبدو غير مجدية فى تحقيق هدفها التقليدى ، فالمدين الذى عقد العزم على الرهن لن يعدم الوسيلة لإفراغ رضائه فى الشكل المطلوب. ولكنها تؤدى دوراً هاما يتصل بتطبيق مبدأ تخصيص الرهن .

وقد قدمنا أن الرهن حتى يقع صحيحاً يجب أن يتضمن بيانات بالغة الأهمية ، منها ما يتصل بتعيين قدر الدين ، ومنها ما يتعلق بتحديد العقار تحديداً دقيقاً . والتخصيص إذا ما ورد فى ورقة رسمية كان له حجية أقوى أثراً . وبذلك نتفادى بالرسمية المنازعات الاحتمالية التى قد يثيرها أحد طرفى العقد حول البيانات المذكورة فيه ، إذا ما توجها إلى مكتب الشهر العقارى لقيد الرهن .

ولعل المشرع استشعر أهمية هذا التخصيص فحرص على أن يرد بالنسبة للعقار فى ورقة رسمية إذا تم ذلك فى تاريخ لاحق على عقد الرهن .

---

(١) راجع لارجييه طبيعة السند فى القانون الخاص باريس ١٩٥١ .

(٢) سليمان مرقس ص ٩٩ .

(٣) عبد الفتاح عبد الباقى فقرة ١٩١ – شفيق شحاته فقرة ٥٠ .

هكذا تتمثل أهمية الرسمية ، فى تقديرنا ، فتخلع على العقد حجية لا تتوافر فى السندات العرفية . ذلك أن المشرع آثر البيانات التى يثبتها الموظف العام بثقة خاصة . فهو لا يقنع بمجرد إنكار الخصوم لبعض ما جاء فيها . بل يجب على من يدعى أن بيانا منها قد أثبته الموظف مجانبا الحقيقة ، أن يطعن فى المحرر بطريق التزوير بالطرق المقررة قانونا (المادة ٣٩١ من التقنين المدنى) .

وإذا سلمنا بأن حكمة الرسمية وثيقة الصلة بمبدأ تخصيص الرهن ، وجب القول بأنه لا يكفى فقط أن يصدر رضاء المدين فى الشكل الرسمى كما يتجه الفقه فى رأيه الغالب (١) . بل يجب أن يتم رضاء الدائن والراهن معاً فى ورقة رسمية تتضمن البيانات اللازمة بشأن الالتزام المضمون والعقار المرهون ، وذلك حتى يكتسب هذا الرضاء الحجية التى تكفل تفادى ما قد يثور من منازعات احتمالية .

وهذه الرسمية التى تطلبها المشرع على النحو المتقدم ، يجب أن تتم وفقاً لأحكام القانون ، أى أمام الموظف العام المختص بتوثيق التصرفات القانونية . ولم يكن نظام التوثيق موحداً فى مصر ، إلى أن صدر القانون رقم ٦٨ لسنة ١٩٤٧ بإنشاء مكاتب للتوثيق ألحقت بمصلحة الشهر العقارى ، وأسند إليها توثيق كافة المحررات التى يطلب إليها توثيقها . وعلى ذلك النحو فإفراغ الرهن فى الشكل الرسمى يجب أن يتم أمام أحد مكاتب التوثيق بالشهر العقارى .

وعقد الرهن الذى لا يتوافر فيه الشكل الرسمى ، يكون باطلا بطلانا مطلقاً بما يصاحب ذلك من آثار تقليدية . فيجوز لكل ذى شأن أن يتمسك به ، وللقاضى أن يقرره من تلقاء نفسه . وهو عقد لا يصححه تقادم إذ يجوز الدفع دائما ببطلانه ، ولا تلحقه إجازة أحد المتعاقدين .

---

(١) سليمان مرقس بند ٦٣ — عبد الفتاح عبد الباقى بند ١٩٢ .

٥٥ ـ الوعد بالرهن :

تقضى القواعد العامة بأن الوعد بالتعاقد يلقى على عاتق الواعد التزاماً بإبرام العقد الموعود به . وفى هذا الشأن تنص المادة ١٠١ من التقنين المدنى على أن الاتفاق الذى يعد بموجبه كلا المتعاقدين أو أحدهما بإبرام عقد فى المستقبل لا ينعقد إلا إذا عينت المسائل الجوهرية للعقد المراد ابرامه ، والمدة التى يجب إبرامه فيها . وتضيف هذه المادة فى فقرتها الثانية أنه إذا اشترط القانون لتمام استيفاء العقد شكل معين ، فهذا الشكل تجب مراعاته أيضاً فى الاتفاق الذى يتضمن الوعد بإبرام هذا العقد .

يتضح من النصوص المتقدمة أنه إذا كان العقد المراد إبرامه من العقود الشكلية كالرهن الرسمى ، وجب أن يتوافر فى عقد الوعد الشكل الرسمى اللازم توافره فى العقد الذى التزم الواعد بإبرامه .

ويترتب على تخلف هذا الشكل ، أن يقع الوعد باطلا ، وبالتالى يمتنع على الدائن المرتهن أن يطالب بالتنفيذ العينى للالتزام ، ولا يجوز له أن يلجأ إلى القاضى ليستصدر منه حكما يقوم مقام العقد .

والقول بغير ذلك يعين على الإفلات من قيد الشكل الذى يفرضه القانون ، لأن تنفيذ الوعد بالرهن المجرد من الرسمية ، يفضى إلى تمكين الموعود له ، وهو الدائن ، من استصدار حكم من القاضى . وبمقتضى هذا الحكم الذى يأخذ حكم العقد يستطيع قيد حقه. فيكتسب على هذا النحو التأمين العينى على العقار . وبذلك ينشأ الرهن رغم تخلف شرط أساسى لتكوينه وهو إفراغه فى الشكل الرسمى (١) . على أن الوعد غير الرسمى وإن كان لا يصلح لإبرام

---

(١) وقد جاء فى المذكرة الإيضاحية الجزء الثانى من مجموعة الأعمال التحضيرية ص ٧٤ ما يأتى « إذا كان القانون يعلق صحة العقد المقصود إبرامه على وجوب استيفاء شكل معين فى هـذه =

عقد الرهن الموعود ، إلا أن الرأى السائد يرتب عليه بعض الآثار القانونية ؛ فهو تعاقد كامل يتضمن التزاماً شخصياً على عاتق الراهن بتقديم تأمين . وعلى ذلك تجوز المطالبة على أساسه بالتعويض ، والحكم بسقوط أجل الدين الذى كان يراد تقرير الرهن ضماناً للوفاء به (١) .

ويستعين بعض الفقهاء فى تأصيل هذا الحكم بنظرية تحول العقد التى أخذ بها التقنين المصرى فى المادة ١٤٤ من التقنين . فالوعد بالرهن يقع باطلا بطلاناً مطلقاً لتخلف الرسمية . ولكن يترتب عليه أثر عرضى هو وعد بتقديم تأمين عينى ضماناً للوفاء بالالتزام ،وذلك على أساس أن النية الاحتمالية للمتعاقدين تنصرف إلى إبرام مثل هذا العقد .

ويلاحظ هنا أن محل الالتزام ليس إبرام عقد الرهن ، كما هو الحال فى الوعد الباطل لتجرده من الرسمية . وإنما يلتزم المدين بعمل ،هو تقديم تأمين عينى (٢) .

والنتائج التى تصل إليها الاتجاهات المتقدمة تبدو لنا سليمة ، وتستجيب إلى وظيفة الرسمية فى التشريع الحديث . فالأشكال التى تتطلبها بعض التقنينات المعاصرة ترمى إلى إدراك غاية معينة بالذات لا ينبغى أن تتجاوزها . ذلك أن الأصل هو حرية الإرادة فى ترتيب الآثار القانونية ، وحريتها أيضاً فى تخير الأداة

= الحالة ينسحب الحكم الخاص باشتراط الشكل على الاتفاق نفسه .ويوجه هذا النظر إلى أن إغفال هذا الاحتياط يعين على الافلات من قيد الشكل الذى يفرضه القانون ، مادام أن الوعد قد يؤدى إلى إتمام التعاقد المراد عقده ، فيما إذا حكم القضاء بذلك . ويكفى لبلوغ هذه الغاية أن يعدل المتعاقدان عن إبرام العقد الذى يرغب فى الافلات من القيود الخاصة بشكله ، ويعمدا إلى عقد اتفاق تمهيدى أو وعد بإتمام هذا العقد ، لا يستوفى فيه الشكل المفروض ، ثم يستصدرا حكما يقرر إتمام التعاقد بينهما ، وبذلك يتاح لهما أن يصلا بطريق غير مباشر إلى عدم مراعاة القيود المتقدم ذكرها»

(١) أنور سلطان فى مصادر الالتزام ص ١١٩.

(٢) عبد الفتاح عبد الباقى فقرة ١٩٦ — قارن سليمان مرقس فقرة ٦٩ .

التي تفرغ فيها هذه الإرادة . والمفروض فى هذا الأداة أنها وسيلة تعين الإرادة على الظهور إلى العالم الخارجى (١) .

فإن خرج المشرع عن هذا المبدأ المستقر ، لاعتبارات خاصة ، ففرض على الإرادة شكلا معلوما وقضى بأنها لا تنتج الآثار القانونية التى ترمى إليها إلا إذا أفرغت فى هذا الشكل ، وجب الحد من نطاق هذا الاستثناء . وبعبارة أخرى فإن تحريم إبرام تصرف قانونى معين إلا إذا تم فى ورقة رسمية ، يجب أن يقتصر جزاؤه فى حالة تخلف الرسمية على عدم إبرام هذا التصرف بالذات . ولكن ذلك لا ينكر حقيقة أخرى تستجيب إلى سلطان الإرادة ، وهى أن ثمة آثار قانونية يمكن أن تترتب على التعبير الإرادى المجرد من الرسمية .

على ضوء هذا التصوير المتقدم لا ينبغى الحكم بنظرة جامدة على الوعد بالرهن الذى لم يتوافر فيه الشكل المطلوب . فكل ما رتبه المشرع من جزاء على هذا الوعد هو أنه لا يصلح للتنفيذ العينى ، أى أنه لا يفضى إلى تمكين الدائن من استصدار حكم يقوم مقام العقد فيجيز له قيد الرهن . هذا الجزاء لا بد من تقريره تطبيقاً لنصوص القانون . ولكن ذلك لا يمنع من أن نرتب على الإرادة المعلنة فى وعد رضائى آثاراً قانونية لا تتعارض مع الجزاء الذى قرره المشرع .

وبذلك يمكن القول بأن هذا الوعد يرتب على الراهن التزاما شخصيا ، وذلك تطبيقاً لمبدأ سلطان الإرادة . ولكن لا يجوز تنفيذه عينا ، وذلك احتراما لحكم المشرع فى اشتراط الرسمية (٢) . وعلى هذا النحو يجوز بمقتضى هذا الوعد

---

(١) أنظر روجيه بيرو « أثر الأداة فى هدف النظم القانونية » رسالة من باريس ١٩٥٣ ص ١٠ .

(٢) راجع السنهورى الجزء الأول فى الوسيط ص ٢٥٤ . وتقرر المذكرة الإيضاحية فى هذا الشأن ما يأتى « فإذا صح أن مثل هذا الوعد لا يؤدى إلى إتمام التعاقد المقصود فعلا ، فهو بذاته تعاقد كامل يرتب التزامات شخصية طبقاً لمبدأ سلطان الإرادة ، وهو بهذه المثابة قد ينتهى عند المطالبة بالتنفيذ إلى إتمام عقد الرهن أو على الأقل إلى قيام دعوى بالتعويض ، بل وإلى سقوط أجل القرض الذى يراد ترتيب الرهن لضمان الوفاء به » (أنظر الجزء الثانى من مجموعة الأعمال التحضيرية ص ٧٥) . وانظر عكس هذا الاتجاه شفيق شحاته فقرة ٥٨ وما بعدها .

الرضائى أن يحكم على المدين بالتعويض إذا لم يقبل إبرام عقد الرهن فى الشكل الرسمى المطلوب . ويخضع للجزاء المقرر فى القانون بسقوط الأجل المقترن بالالتزام الذى كان يراد تقرير الرهن ضماناً للوفاء به . بل وإذا ورد هذا الوعد فى عقد القرض فالقواعد العامة تملى فى هذه الأحوال فسخ العقد لإخلال أحد طرفيه بتنفيذ التزام ترتب على عاتقه .

٥٦ - الوكالة فى الرهن :

تنص المادة ٧٠٠ على أنه «يجب أن يتوافر فى الوكالة الشكل الواجب توافره فى العمل القانونى الذى يكون محل الوكالة مالم يوجد نص يقضى بغير ذلك » .

وتطبيقاً لحكم هذه المادة إذا أناب المدين وكيلا عنه فى رهن العقار وجب أن تتم هذه الوكالة فى ورقة رسمية . على أن ذلك لا يغنى بطبيعة الحال عن اشتراط الشكل الرسمى فى عقد الرهن الذى ينعقد بين الوكيل والدائن .

ويلاحظ من ناحية أخري أن الرهن باعتباره من أعمال التصرف لابد بشأنه من وكالة خاصة . إذ أن الوكالة العامة لا تنصرف إلا لأعمال الإدارة .

وتنبغى الاشارة أيضاً إلى الحكم الوارد فى نص المادة ٧٠٢ من التقنين التى تقرر أنه « لابد من وكالة خاصة فى كل عمل ليس من أعمال الادارة ، وبوجه خاص فى البيع والرهن والتبرعات والصلح والاقرار والتحكيم وتوجيه اليمين والمرافعة أمام القضاء — والوكالة الخاصة فى نوع من أنواع التصرفات القانونية تصح ولو لم يعين محل هذا العمل على وجه التخصيص ، إلا إذا كان العمل من التبرعات » .

يستفاد من النص المتقدم أن الرهن وهو من قبيل أعمال التصرف يكفى بشأنه أن يكون تخصيص الوكالة نوعيا ، بمعنى أنه يكفى صدور وكالة خاصة بالرهن . ولا يشترط تعيين محل الرهن على سبيل التحديد . هذا التعيين ، تطبيقاً لمبدأ تخصيص الرهن ، يرد فى العقد الذى يبرمه الوكيل مع الدائن المرتهن .

ولكن المشرع لم يستلزم فى الوكالة أن يحدد فيها موضوع التصرف إلا بالنسبة للتبرعات بوصفها أعمال قانونية تؤدى إلى افتقار الأصيل بلامقابل (١) .

---

(١) وفى هذا الشأن قررت المذكرة الإيضاحية فى صياغة معبرة أن « تدرج الأعمال فى الخطورة يتمشى معه تدرج الوكالة فى التخصيص ، فما كان من الأعمال محدود الخطورة كأعمال الأدارة ، تكفى فيها الوكالة العامة ، فاذا زادت خطورة العمل ، كما فى أعمال التصرف وملحقاتها وجب أن تتخصص الوكالة فى نوع العمل القانونى حتى إذا وصلت الخطورة إلى الذروة كما فى أعمال التبرع وجب أن تتخصص الوكالة فى نوع العمل القانونى وفى محله» (مجموعة الأعمال التحضيرية جزء ٥ ص ١٩٩) .

قارن سليمان مرقس فقرة ٦٨ ص ١٠٤ .

المبحث الثانى

فى الأحكام المتصلة بمصالح الغير

(قيد الرهن) .

٥٧ - النصوص القانونية - القيد اجراء شكلى واجب لمباشرة الافضلية والتتبع :

تنص المادة ١٠٥٣ من التقنين المدنى على مايأتى « ١ - لا يكون الرهن نافذاً فى حق الغير إلا إذا قيد العقد أو الحكم المثبت للرهن قبل أن يكسب هذا الغير حقاً عينياً على العقار ، وذلك دون إخلال بالأحكام المقررة فى الإفلاس .

٢ - لا يصح التمسك قبل الغير بتحويل حق مضمون بقيد ، ولا التمسك بالحق الناشيء من حلول شخص محل الدائن فى هذا الحق بحكم القانون أو بالاتفاق ولا التمسك كذلك بالتنازل عن مرتبة القيد لمصلحة دائن آخر إلا إذا حصل التأشير بذلك فى هامش القيد الأصلى » .

وقد جاء هذا الحكم تطبيقاً خاصاً لقاعدة عامة وردت فى المادة ١٢ من قانون تنظيم الشهر العقارى وتقضى بما يأتى « جميع التصرفات المنشئة لحق من الحقوق العينية العقارية التبعية أو المقررة لها وكذلك الأحكام النهائية المثبتة لشىء من ذلك يجب شهرها بطريق القيد ويترتب على عدم القيد أن هذه الحقوق لا تكون حجة على الغير » .

بينا فيما تقدم أن الرهن الرسمى بوصفه نظام قانونى من نظم التأمينات العينية يخضع فى إنشائه إلى عدة أحكام . منها ما يتصل بعلاقة الدائن بالراهن ، ومنها يتعلق بمصالح الغير . وهذا أمر طبيعى ذلك أن الحق الذى يكتسبه الدائن المرتهن يمس الراهن ، ويصيب الغير .

فالدائن حينما يزود بحق عيني تبعي على العقار ينتقص من سلطات المالك لأن القيمة الاقتصادية لهذا العقار تخضع لسيطرة الدائن ، وله أن يستأثر بها فى حدود قيمة دينه المضمون .

هذا الاستئثار يقصى مزاحمة كل من يريد أن يكتسب حقاً على هذا العقار. وعلى هذا النحو يستطيع الدائن استيفاء دينه من المقابل النقدى للعقار مفضلا على كافة الدائنين العاديين ، والدائنين التالين له فى المرتبة . وهو يباشر هذه الأفضلية على العقار فى أى يد يكون ، ومن ثم أجيز له أن يتتبعه .

حق الدائن المرتهن بالمعنى المتقدم ، يهدر مصالح من يكتسب حقاً عينياً متأخراً عنه فى المرتبة . وهو يتضمن خروجاً على القاعدة العامة فى المساواة بين الدائنين . ومن ثم فاذا اكتفى المشرع فى تقريره ومباشرة السلطات التى يخولها بما أورده من أحكام موضوعية بشأن عقد الرهن ، لتعرضت مصالح الغير لأضرار جسيمة . فيفاجأ مشترى العقار بدائن مرتهن استنفد حقه قيمة العقار كله ، ويفاجأ الدائنون بأحدهم وقد انفرد بأفضلية لو علموا بها لما أقبلوا على منح ائتمانهم للمدين .

لهذه الاعتبارات المتقدمة اتجهت التشريعات الحديثة إلى وضع نظم تكفل الإعلان عن الحالة القانونية للعقارات وما يثقلها من حقوق عينية . وقد يسرت طبيعة هذه الأموال تطبيق هذا الاتجاه نظراً لما تتميز به من ثبات واستقرار .

وفى هذا الشأن اختلفت الوسائل لتحقيق هذا الهدف . فقد قطعت بعض الدول شوطا بعيدا فى هذا الصدد ، فاتخذ العقار فى ذاته أساساً للاعلان عما تقرر عليه من حقوق ، ومن هنا جاء الشهر قائما على تنظيم عينى قوامه إعداد سجلات تكشف عن الحالة القانونية لكل عقار ، بصرف النظر عمن يملكه فى الحاضر أو الماضى . وظاهر أن مثل هذا النظام يقتضى عناية وجهد فى تقسيم الأراضى المملوكة على نحو لم يتيسر بعد تحقيقه فى مصر .

ومن هنا جاء نظامنا مؤسسا على السجلات الشخصية ، وهذه تيسر تقديم البيانات عن العقار على أساس اسم مالكه وملاكه السابقين .

وأيا ما كان الأمر فشهر الرهن الرسمي عن طريق القيد هو الإجراء الذي ارتضاه المشرع المصري حتى يستطيع الدائن المرتهن أن يباشر مضمون حقه في مواجهة الغير . وبعبارة أخرى لا يتيسر للدائن أن يباشر السلطات التي يخولها الحق العيني التبعي وهي الأفضلية والتتبع إلا بإتمام هذا الاجراء . وتطبيقا لذلك إذا تزاحم عدة دائنين مرتهنين فالعبرة بالأسبقية في القيد . وإذا تصرف المدين في العقار ، فالدائن المرتهن لا يستطيع أن ينفذ عليه إلا إذا كان حقه مقيدا في تاريخ سابق على تسجيل التصرف .

على أن مضمون حق الدائن المرتهن وإن بقى معطلا حتى يتم القيد ، فإن هذا لا ينفي أنه قد اكتسب على العقار حقا عينيا بمجرد تمام عقد الرهن وفقا للشروط المبينة بالقانون . وليس ذلك سوى محض تطبيق لنص المادة ٢٠٤ من التقنين المدني التي تقرر « الالتزام بنقل الملكية أو أي حق عيني آخر ينقل من تلقاء نفسه هذا الحق ، إذا كان محل الالتزام شيئا معينا بالذات يملكه الملتزم ،وذلك دون إخلال بالقواعد المتعلقة بالتسجيل » .

ويستفاد من هذه المادة أن التزام الراهن بتقرير حق الرهن يتم من تلقاء نفسه بمجرد انعقاد العقد ، فيكتسب الدائن حقه دون حاجة إلى إجبار المدين على التنفيذ . ذلك أننا بصدد حق عيني لا يخضع لإجراءات التسجيل، وبصدد عقار معين بالذات . وعلى هذا النحو ينطبق حكم المادة ٢٠٤ فيتقرر للدائن حقه بمجرد نشأة العقد ، لأن اكتساب الدائن لهذا الحق يعاصر نشوء الالتزام في ذمة المدين (١) .

---

(١) يقرر الدكتور شفيق شحاته في ص ١٤٣ وما بعدها ما يأتي « يقال إن التأمينات العينية قد تنشأ عن العقد كما في الرهن الرسمي ، والواقع أن التأمين العيني باعتباره كذلك ليس مصدره العقد . أما المصدر الحقيقي للرهن فهو واقعة القيد فإن لم يحصل القيد فلا يكون هناك رهن رسمي. وعقد الرهن الرسمي لا ينشيء سوى التزامات شخصية يلتزم بمقتضاها الراهن ببعض الأعمال، فمن المهم أن نميز تمييزاً واضحا مابين عقد الرهن والرهن نفسه. أما العقد فلا يمكن أن يتولد عنه =

على أن حق الدائن الذى تلقاه فور تمام العقد ، يجب أن يقيد حتى ينطلق مضمونه فيستطيع الدائن أن يحتج به على الغير بما يخول من أفضلية وتتبع .

= التأمين العينى بما يستوجبه من حق التقدم وحق التتبع ، ذلك أن العقد يقتصر أثره فى الأصل على المتعاقدين ولا يتعداهما ، فى حين أن التأمين العينى يظهر أثره أبتداء فى حق الغير ولذلك فهو لا ينشأ إلا عن تلك الواقعة القانونية التى جعلها مصدراً للتأمين العينى . وليس صحيحاً مايقال من أن عقد الرهن ينشىء حق الرهن فيما بين المتعاقدين وأن القيد يجعل هذا الحق نافذاً على الغير . فالواقع أن حق الرهن لا وجود له فيما بين المتعاقدين ولا ينشأ عن عقد الرهن . وهو إذا نشأ كان حتما نافذا فى حق الغير ، وإلا لما كانت هناك فائدة من وجوده ، ولذلك نقول أن الرهن مصدره القيد ، على أن العقد يعتبر السبب القانونى للقيد ، ولا يكون القيد منتجاً لأثره إلا إذا كان مستندا إلى عقد صحيح » . (نقلنا هذا الرأى عن الدكتور شفيق شحاته واكتفينا فقط بالفقرات التى تتعلق ببحثنا للرهن الرسمى ، وتركنا الجانب الذى يخص التأمينات العينية الأخرى نبينه فى موضعها) . وخلاصة هذا الاتجاه أن مصدر حق الدائن المرتهن هو واقعة القيد ، أما العقد فلا يرتب سوى التزامات شخصية على عاتق الراهن ويعتبر سبباً قانونياً للقيد.

وفى تقديرنا أن أساس هذا الرأى الذى يسجل اتجاها غير مألوف فى الفقه ، وثيق الصلة بالتصوير الذى قدمه الدكتور شفيق شحاته للتأمينات العينية . فقد بدأ فى بسط نظريته بانكار فكرة الحقوق العينية التبعية ، وخلص منها إلى أن التأمين العينى وصف للالتزام يضع الدائن المرتهن فى مركز يفضل به سائر الدائنين . وعلى هذا النحو إذا ما نظرنا إلى حق الدائن من خلال الأفضلية فقط فقد يؤدى ذلك إلى القول بأن مصدر هذه الأفضلية هو واقعة القيد .

ولكننا نعتقد أن النظر إلى مركز الدائن المرتهن لا ينبغى أن يتم على هذه الصورة ، إذ يجب أن نتساءل أولا ، ماهو السند الذى يخول للدائن الأفضلية أو التتبع ، ولماذا لا يستطيع أن يدعيها دائن عادى . الفارق بينهما أن الدائن المرتهن تقرر له حق عينى على عقار من عقارات مدينه . هذه هى نقطة البداية ، وعلى ضوئها تنبغى التفرقة بين محل الحق ومضمونه .

١ - فالدائن المرتهن اكتسب بمقتضى عقد الرهن حقاً عينياً على العقار . هذا الحق يخول له فى مواجهة مدينه أن يمنعه من مباشرة سلطاته كمالك على نحو يتعارض مع الحق الذى تقرر له على العقار . وتطبيقاً لهذا أجازت له المادة ١٠٤٧ أن يعترض على كل عمل أو تصرف ينقص ضمانه ، وخولت له أن يتخذ ما يلزم من وسائل تحفظية للمحافظة على حقه ، بل وقد تضمنت المادة ١٠٤٥ قيوداً تحد من حرية الراهن فى استغلال العقار . (كذلك تضمنت المادة ١٠٤٨ سلطات تعبر عن تعلق حق الدائن المرتهن بالعقار) .

سند هذه الرقابة التى هيأها القانون للدائن المرتهن يستند إلى وجود حق لهذا الدائن . هذا الحق ليس شخصياً فى مواجهة المدين . ولكنه عينى ارتبط بالعقار ، فهيأ له أن يتسلط عليه وأن =

٥٨ — التنظيم القانونى لأحكام القيد - إحالة إلى قانون تنظيم الشهر العقارى :

تنص المادة ١٠٥٤ من التقنين المدنى على ما يأتى « يتبع فى إجراء القيد وتجديده ومحوه وإلغاء المحو والآثار المترتبة على ذلك كله ، الأحكام الواردة بقانون تنظيم الشهر العقارى » .

هذه هى الصياغة النهائية التى تخلفت عن مشروع القانون المدنى فى مراحل

= يرد الراهن عن كل عمل يصيب هذا العقار بنقص .

٢ — وأما أن الدائن لا يستطيع أن يباشر الأفضلية والتتبع إلا بالقيد ، فهذا لا ينفى عن العقد أنه مصدر حق الرهن . ذلك أن الدائن يكتسب حقاً عينياً على العقار بمقتضى العقد ، ولكن هذا الحق يتراخى مضمونه حتى يتم القيد ، وذلك لاعتبارات قدرها المشرع مراعياً فيها مصالح الغير . فالقيد إذن إجراء يطلق أثر الحق العينى المقرر لصالح الدائن بمقتضى العقد ، والقول بأن الرهن مصدره واقعة القيد ، هو خلط بين اكتساب الحق ، وانطلاق أثره .

٣ — والواقع أن الرهن الرسمى نظام قانونى يمس مصالح متعددة ، ولذلك قدر المشرع أن اكتساب حق الرهن يقتضى توافر أحكام متعددة ، فلابد أولا من عقد يحدد محل الحق ، وبانعقاد العقد يتقرر الحق على هذا المحل . على أنه فى مرحلة تالية لابد من توافر حكم آخر هو إجراء القيد فهو لازم لمباشرة مضمون الحق العينى المقرر ابتداء على العقار . وستتبين لنا أهمية هذا القول فى جواز اجراء القيد بعد تسجيل صحيفة دعوى اعسار الراهن أو بعد وفاته . انظر فيما يلى فقرة ٦٥ .

نخلص مما تقدم أن الرأى الذى يقرر إن القيد هو مصدر حق الدائن المرتهن قد يستقيم مع الفقه المنكر للحقوق العينية ، حيث يصبح التأمين العينى فى نظره مجرد أفضلية ، وهذه لا تثبت إلا بالقيد . ولهذا كان من الحتمى أن يظهر الخلاف مع الرأى السائد الذى يقرر إن الرهن يرتب لصاحبه حقا عينيا . والعبرة فى تحديد معيار الحق العينى هى النظر إلى محل الحق وليس إلى مضمونه . ولاشك فى أن الشخص متى ثبت له استئثار بشىء مادى معين بالذات ، فهو صاحب حق عينى ، أما مضمون الحق فقد تتعطل مباشرته لاستيفاء شروط فرضها القانون . وهذا هو حال الدائن المرتهن ، إذ يرتبط حقه بالعقار منذ انعقاد العقد فيكتسب حقا عينيا . أما السلطات التى يخولها هذا الحق على العقار فتتراخى حتى يتم القيد ، وهو إجراء فرضه المشرع حماية لمصالح الغير من مفاجآت العقود التى تتم ، وتظل سراً بين عاقديها .

(أنظر فى نقد هذا الرأى أيضا السنهورى الوسيط الجزء الثانى ص ٧٧٢ هامش ٢) .

تطوره . وقد استعاضت عن التنظيم الشامل الذى جاء فى المشروع التمهيدى بنص عام ، جعل المرجع فى أحكام القيد للقانون رقم ١١٤ لسنة ١٩٤٦ الخاص بتنظيم الشهر العقارى . هذه الإحالة جعلت لدراسة هذا القانون أهمية بالغة بالنسبة إلى الرهن الرسمى والتأمينات العينية الخاصة التى ترد على العقار (١) .

على أن المشرع المدنى عنى بشأن القيد بذكر حكم يتعلق بمصروفاته ، فقرر فى المادة ١٠٥٥ أن مصروفات القيد وتجديده ومحوه على الراهن مالم يتفق على غير ذلك . ولنا إلى هذا الحكم عودة أخرى فى دراسة وعاء الأفضلية.

٥٩ - الخطوات التى رسمها المشرع لإجراء القيد :

القيد هو إدراج بيانات معينة بواسطة صاحب المصلحة فى دفتر معد لذلك بالمكتب المختص فى الشهر العقارى .

ويستفاد من الأحكام الواردة بقانون تنظيم الشهر العقارى أن إجراء القيد يتضمن مرحلتين ، الأولى تمهيدية قصد بها التحقق من صلاحية الرهن للشهر ، والثانية نهائية يتم بمقتضاها قيد الرهن . ومنذ هذه اللحظة تترتب على القيد الآثار التى قررها القانون .

المرحلة التمهيدية للتحقق من صلاحية الرهن للشهر : تنص المادة ٢٠ من قانون تنظيم الشهر العقارى (٢) على أنه « تتم إجراءات الشهر فى جميع الأحوال بناء على طلب ذوى الشأن أو من يقوم مقامهم » .

---

(١) سنعنى بدراسة أحكام القيد مفصلة ، وبذلك نكتفى بالإحالة إليها بالنسبة إلى شهر حق الاختصاص وحقوق الامتياز العقارية الخاصة ، مع بيان ماقد تنفرد به من أحكام فى الموضع المخصص لبحثها .

(٢) سنكتفى فيمايلى من أحكام بذكر عبارة شهر عقارى مقرونة برقم المادة للدلالة على هذا القانون .

والأصل أن الدائن المرتهن هو صاحب المصلحة فى مباشرة إجراءات الشهر ، لأن القيد شرط لازم لسريان حقه فى مواجهة الغير بما ينطوى عليه من أفضلية وتتبع . على أنه ليس ثمة ما يمنع من أن يباشر هذه الاجراءات نائب عن الدائن . وهو فى هذا الشأن قد يكون وكيله : بل وقد يتصدى للقيد أحد دائنيه مستعيناً فى ذلك بنظام الدعوى غير المباشرة إذا ما توافرت شروطها ، لأن إهمال القيد يضر بهذا الدائن . وقد أجاز له المشرع بالدعوى المتقدمة أن يستعمل حقوق مدينه .

ولما كان القيد يكفل للدائن سريان حقه فى مواجهة الغير ؛ ولذا فالمبادرة بإجرائه تحقق له مرتبة يسبق بها غيره ، ومن ثم فقد يبادر باتخاذ هذا الاجراء شخص غير مكلف بذلك . وهو بتدخله هذا يصدق عليه وصف الفضولى .

على أن الصورة المألوفة لمباشرة إجراءات القيد هى أن يقبل عليها الدائن بنفسه . وتتخذ الخطوة الأولى بتقديم طلب الشهر إلى المأمورية التى يقع العقار فى دائرة اختصاصها (١) ، موقعا عليه من الراهن أو الدائن المرتهن (م ٢١ شهر عقارى) . ويجب أن يتضمن الطلب بيانات معينة ، ورد ذكرها فى المادة ٢٢ ، أخصها ما يتصل بطرفى عقد الرهن ، وبتعيين العقار من حيث موقعه ومساحته وحدوده ، وبصفة خاصة ما يتعلق بعقد الرهن ذاته ومقدار الدين الذى يضمنه (٢) .

---

(١) وفى هذا الشأن تنص المادة ٧ من اللائحة التنفيذية لقانون تنظيم الشهر العقارى على وجوب تقديم الطلبات الخاصة بشهر المحررات من ثلاث نسخ متطابقة ومعها الاوراق المنصوص عليها فى القوانين واللوائح ، وتتولى المأمورية المختصة فحصها من ناحية قانونية ثم تحيلها بعد استيفاء ما يلزم توافره فيها إلى قلم الاستعلامات الهندسية .

(٢) تنص م ٢٤ شهر عقارى على وجوب إيداع كفالة قدرها مائة قرش عند تقديم الطلب ، وتصادر بقوة القانون إذا لم يتم شهر الرهن خلال سنة من تاريخ قيد الطلب وفى هذه الحالة يعتبر الطلب كأن لم يكن .

يدون الطلب متقدم الذكر حسب تاريخ وساعة تقديمه فى دفتر معد لذلك فى كل مأمورية ، ويسمى دفتر أسبقية طلبات الشهر . وتتولى المأمورية فحص الطلب من ناحية قانونية ، ثم ترسله إلى الجهة المختصة للتثبت من صحة المعلومات الواردة بشأن العقار من حيث مساحته وحدوده .

وحينما تنتهى المأمورية إلى قبول اجراء الشهر ، ترسل نسخة من الطلب إلى من قدمه فى محل إقامته إذا لم يتسلمها فى خلال ثلاثة أيام من التأشير عليها .

فإذا تلقى صاحب الشأن نسخة من الطلب مؤشرا عليها بقبول إجراء الشهر كان عليه أن يقدم للمأمورية المختصة مشروع عقد الرهن الرسمى المراد شهره مرفقا به النسخة المؤشر عليها بقبول طلبه . وعندئذ تدرك المرحلة التمهيدية نهايتها ، وذلك بتأشير جديد على مشروع المحرر المقدم بصلاحيته للشهر (١) :

المرحلة النهائية التى يتم قيد الرهن بمقتضاها : تبدأ هذه المرحلة بتقديم عقد الرهن الرسمى المراد شهره ، الى مكتب الشهر المختص (٢) ويجب أن يقرن عند تقديمه بقائمة تشتمل على بيانات خاصة سنخصص لها دراسة مستقلة نظراً لأهميتها . ويعد بالمكتب دفتر تثبت فيه قوائم القيد بأرقام متتابعة وفقا لتواريخ وساعات تقديمها (٣) . ومنذ ذلك الحين يعتبر الرهن مقيداً فيسرى فى مواجهة الغير . ويستطيع كل ذى شأن إذا ماتوجه الى المكتب المختص أن يطلع على الحالة القانونية للعقار وما يثقله من الرهون وكافة الحقوق العينية الأخرى التى أخضعها المشرع لنظام الشهر (٤) .

---

(١) تنص المادة ٢٦ شهر عقارى على أنه «تعيد المأمورية للطالب نسخة من الطلب مؤشرا عليها برأيها فى قبول إجراء الشهر أو ببيان ما يجب أن يستوفى فيه . فإذا لم يتقدم الطالب لتسلم هذه النسخة فى خلال ثلاثة أيام من تاريخ التأشير عليه أرسلت إليه فى محل إقامته المبين فى الطلب بكتاب موصى عليه مصحوب بإخطار وصول .

(٢) تحدد المادة الخامسة من القانون اختصاص مكاتب الشهر على النحو الآتى « يختص كل مكتب من مكاتب الشهر دون غيره بشهر المحررات المتعلقة بالعقارات التى تقع فى دائرة اختصاصه

(٣) أنظر نص م ٣١ من القانون ، م ١٦ من اللائحة .

(٤) وقد تكفلت اللائحة التنفيذية ببيان سبيل الاطلاع على الحالة القانونية للعقار . فقضت بأن يعد بكل مكتب دفتر تثبت فيه البيانات المعينة للمحررات أو القوائم المقدمة للشهر بأرقام =

هذه الخطوات التى رسمها المشرع لقيد الرهن الرسمى ، تصدق على كافة التأمينات العقارية الخاصة التى استلزم القانون شهرها . وبذلك يتبع الدائن نفس الإجراءات بالنسبة إلى حق الاختصاص ، والرهن الحيازى ، والامتيازات العقارية الخاصة .

٦٠ — وجوب تحرى الدقة فيما تقدم من اجراءات — أثر الشكل على مضمون الحق :

أوضح قانون تنظيم الشهر العقارى الخطوات التى يجب اتباعها حتى يتم قيد الرهن ، ويصبح سارياً فى مواجهة الغير . وفى هذا الشأن تنبغى العناية بما أورده القانون من أحكام . ذلك أن إغفال جانب منها ينفذ إلى جوهر الحق فيصيبه فى مضمونه ، ويحرم الدائن المرتهن من التمسك به فى مواجهة الغير .

من ذلك مثلا ما جاء فى المادة الخامسة من القانون بشأن تحديد اختصاص مكاتب الشهر العقارى . فهى تقرر لكل مكتب اختصاصاً مانعاً بشهر المحررات المتعلقة بالعقارات التى تقع فى دائرة اختصاصه . وإذا كانت العقارات واقعة فى دائرة اختصاص مكاتب متعددة وجب إجراء الشهر فى كل مكتب منها .

ولا يكون للشهر الذى تم فى أحد هذه المكاتب أثره إلا بالنسبة إلى العقارات

= متتابعة بحسب أسبقية تقديمها مع ذكر تاريخ اليوم والساعة (م١٦) . ويعد بمكاتب الشهر أيضا دفاتر هجائية للفهارس ويخصص فهرس لكل ناحية أو مدينة تدرج فيها أسماء جميع الأطراف فى المحررات أو جميع ذوى الشأن فيها (م ٢٥) . وتعد دفاتر هجائية للفهارس تمسك عن كل مديرية أو محافظة سنويا ، وترسل فى نهاية كل عام إلى مكتب الشهر الرئيسى (م ٢٦) .

ولكل شخص أن يطلب الاطلاع فى مكتب الشهر على دفاتر الشهر ودفاتر الفهارس أو على أى محرر تم شهره بعد أداء الرسم المستحق (م ٢٧) . وعلى مكاتب الشهر كلما طلب منها ذلك عن مدة معينة وبالنسبة إلى شخص معين أن تسلم قائمة بالتسجيلات والقيود الواردة بالفهارس أو بيانا يفيد عدم وجود تسجيلات أو قيود ، وذلك بعد أداء الرسم المستحق (م٢٨) وتعد دفاتر لقيد طلبات الاطلاع وطلبات الشهادات العقارية وما تم بشأنها . ويسلم مكتب الشهر أيضا شهادة بمضمون أى تأشير هامشى لمن يطلب ذلك (م ٢٩) .

وهكذا تكفلت اللائحة التنفيذية بتمكين كل من يعنيه أمر العقار أن يكشف عن حالته القانونية .

التى تقع فى دائرة اختصاصه . وهنا تبدو أهمية تحرى الدقة فى التوجه إلى مكتب الشهر المختص وإجراء القيد . ولا يسرى فى حق الغير القيد الذى تم فى غير جهة الاختصاص . وفى ذلك يتمثل أثر الشكل على الجوهر ، والضرر الذى يلحق الدائن المرتهن إذا ما انحرف عن الطريق الذى رسمه القانون لقيد حقه.

كذلك أيضاً تظهر أهمية إجراءات القيد ، وضرورة التعجيل بإتمامها فى الصور التى يتزاحم فيها دائنون مرتهنون لعقار واحد ، اتجهوا إلى مكتب الشهر لقيد حقوقهم فى يوم واحد .

فالقاعدة التى تحكم التزاحم بينهم هى الأسبقية فى القيد بصرف النظر عن تاريخ انعقاد الرهن . على النحو الذى سنفصله فى دراساتنا لأحكام الأفضلية. ولكن الأمر يدق إذا ماتمت القيود فى يوم واحد . عندئذ تكون العبرة بالأسبقية فى ثبوت القيد بالدفتر المعد لذلك . وتيسيراً لتطبيق هذا الحكم قضت المادة ٣١ شهر عقارى بأن يعد بكل مكتب دفتر للشهر تثبت فيه قوائم القيد بأرقام متتابعة وفقاً لتواريخ وساعات تقديمها . وكأن الساعة تلعب دوراً هاماً فى المرتبة التى يحتلها الدائن المرتهن . وهنا يظهر أيضاً أثر الشكل على مضمون الحق ، وتبدو مصلحة الدائن واضحة فى المبادرة باتخاذ الخطوات اللازمة لقيد حقه .

وهناك مثال آخر يكشف لنا عن أثر هذه الإجراءات الشكلية على مصير حق الدائن المرتهن . وهو يتضح لنا بدراسة قائمة القيد وما يجب أن تتضمنه من بيانات ، والجزاء المقرر لإغفال بعض منها أو الخطأ فيها .

٦١ — البيانات القانونية فى قائمة القيد :

قدمنا أن المرحلة النهائية فى إجراء القيد تتمثل فى تقديم عقد الرهن الرسمى إلى مكتب الشهر المختص ، مقروناً بقائمة تشتمل على بيانات معينة . وقد جاء ذكرها فى نص المادة ٣٠ شهر عقارى على النحو الآتى :

١ — اسم الدائن ولقبه وصناعته ومحل إقامته ومحله المختار فى دائرة المحكمة ، فإن لم يختر له محلا صح إعلان الأوراق إليه فى قلم كتاب المحكمة . ولهذا البيان

أهمية خاصة فيما يتعلق بتعيين محل مختار للدائن فى دائرة المحكمة التى يتبعهـــا العقار . ذلك أن المادة ١٠٦٥ من التقنين المدنى تلزم حائز العقار المرهون إذا أراد تطهيره أن يوجه الإعلانات التى يتطلبها القانون فى المحل المختار لكل دائن كما ذكر فى قائمة القيد (١) . فإذا أغفل الدائن ذكر محل مختار ، جاز إعلانه فى قلم كتاب المحكمة .

٢ — اسم المدين أو المالك الذى رتب الحق على ملكه إذا كان غير المدين ولقبه وصناعته ومحل إقامته . وهذا بيان بالغ الأهمية لأن نظام الشهر فى مصر شخصى يقوم على معرفة أسماء ملاك العقار . بينما يتأسس نظام الشهر العينى على معرفة العقار فى ذاته ، والكشف عما يتقرر عليه من حقوق عينية .

ومن ثم فمعرفة اسم مالك العقار هى وحدها التى تعين على الكشف عن الحالة القانونية للعقار فى مصر . والعبرة باسم الراهن مالك العقار ، بصرف النظر عما إذا كان الرهن مقدماً من المدين ، أو من شخص آخر وهو الذى يسمى بالكفيل العينى .

٣ — تاريخ السند والجهة التى تم أمامها أو صدر منها . وهذا بيان يتصل بعقد الرهن ذاته ، ويهدف إلى تمكين الغير من الاطلاع عليه ، والتأكد من أنه تم مستوفياً للشروط الموضوعية والشكلية التى استلزمها القانون . وتنبغى الإشارة فى هذا الشأن أن الغير ليس له الحق فى إلزام المدين بإبراز سند الرهن للاطلاع عليه . ولكنه قد يستطيع ذلك بطريقة غير مباشرة ، إذا ما جعل هذا الاطلاع شرطاً للتعامل مع المدين بشأن العقار المرهون (٢) .

٤ — مصدر الدين المضمون ومقداره كاملا وميعاد استحقاقه . هـذا البيان هو صدى لمبدأ تخصيص الرهن الذى سبقت الإشارة إليه فى دراستنا للالتزام المضمون (٣) .

---

(١) أنظر ماسيلى فى دراسة تطهير العقار .

(٢) بلانيول وريبير وبيكيه جزء ١٢ بند ٧٣٨ .

(٣) راجع ما تقدم فقرة ٥٠ .

على أن ذكر هذا البيان فى قائمة القيد ذو أهمية خاصة ، لأن الغير يتلقى معلوماته بواسطة ما جاء فى هذه القائمة من بيانات .

وقد عنى المشرع باشتراط ذكر مصدر الدين المضمون . وبذلك يتيسر لمن يتعامل مع المدين التحقق من صحة هذا الدين ، إذ قد يكون باطلا أو قابلا للابطال . ويستطيع تعقب مصيره ، إذا ما انقضى بأى سبب من أسباب الانقضاء . ولهذا المصير فائدة جمة للغير ، إذ يترتب على انقضاء الدين زوال الرهن بصفة تبعية وبذلك يتحرر العقار من الرهن المقرر عليه .

وتنبغى الإشارة أيضاً إلى أن اشتراط بيان مصدر الدين ، يفوت على المدين فرصة الإبقاء على مرتبة متقدمة لصالح دائن المرتهن ضماناً للوفاء بالتزام غير الذى تقرر الرهن من أجله . ويتيسر تحقيق ذلك إذا لم يتطلب القانون تحديد مصدر الدين المضمون . فقد يكون الشخص مديناً لآخر بعدة ديون مختلفة المصادر ، فيقرر له رهناً ضماناً للوفاء بدين منها ، ثم يسدده ويحتفظ مع ذلك بالرهن ضماناً للوفاء بالديون الأخرى . وعلى ذلك النحو يستخدم الرهن كأداة ضمان مجردة ، الأمر الذى لم يقره القانون المصرى ، الذى استجاب إلى مبدأ التبعية فقرر بنص صريح إن الرهن يتبع الدين فى صحته وانقضائه — الفقرة الأولى من المادة ١٠٤٢ مدنى — (١) .

لهذه الاعتبارات المتقدمة حرص المشرع على وجوب ذكر مصدر الدين فى قائمة القيد . وهكذا يتيسر للدائنين الآخرين ولكل ذي مصلحة أن يكون على بينة من مصير الدين ، وأثر هذا المصير على زوال الرهن . وبذلك لا يستطيع المدين أن يتحايل على القانون بالإبقاء على الرهن رغم انقضاء الدين الذى يضمنه مخالفاً بذلك مبدأ التبعية .

عنى المشرع أيضاً علاوة على بيان مصدر الدين ، بوجوب تعيين مقداره . وعلى ضوء هذا التعيين يتحدد موقف من يريد أن يتعامل مع المدين بشأن

---

(١) راجع ما تقدم فقرة ٣٢ ص

العقار المرهون . فالمشترى يعنيه معرفة قدر الديون التى يضمنها العقار ، لأن القانون أجاز له أن يؤديها عن المدين ويحل محل الدائنين كما سنبين فيما بعد . والدائن الذى يعرض ائتماناً جديداً على المدين ، ويتطلب ضماناً خاصاً على العقار يحرص على العلم بمدى صلاحية هذا العقار لتقرير ضمان فعال . ولا يتيسر ذلك إلا بعلمه بقدر الديون التى ارتهن العقار تأميناً للوفاء بها .

بل ويلعب هذا البيان دوراً هاماً فى تحديد نطاق الأفضلية.إذ على ضوء ما جاء فى قائمة القيد يستطيع الدائن المرتهن أن يتقدم غيره من الدائنين فى استيفاء حقه . فإذا كان الدين يتجاوز فى قدره ما ورد فيها ، فقد الأفضلية فى حدود هذه الزيادة . أما إذا كان المبلغ المضمون بالرهن أقل مما ذكر فى قائمة القيد ، فهنا حكم المشرع بأن العبرة بالمبلغ الحقيقى ، فلا يستفيد الدائن من القدر الزائد،على النحو الذى سنبينه بعد حين بشأن الجزاء المترتب على الخطأ فى بيانات القيد .

وقد أضاف المشرع أيضاً وجوب ذكر ميعاد استحقاق الدين . وفى هذا البيان تيسير على الغير أيضاً فى معرفة مصير الدين ، والتحقق من أن المدين قام بالوفاء به .

أخيراً تنبغى الإشارة إلى ما سبق بيانه بشأن الديون الاحتمالية والمستقبلة . فقد قدمنا فى هذا الشأن أن المشرع استلزم ذكر المبالغ المضمونة بالرهن أو فى القليل تعيين حدها الأقصى . وعلى هذا النحو أجاز قيد الرهن، واحتسب مرتبته من هـذا التاريخ ولو نشأ الدين فى تاريخ لاحق . وبذلك يجب أن تتضمن قائمة القيد بشأن هذه الديون بيان مصدرها وتعيين قدرها (١) .

٥ — تعيين العقار الذى اكتسب عليه الحق تعييناً دقيقاً . وقد تكفلت المادة ٢٢ شهر عقـارى بإيضاح طريقة التعيين ، فاستلزمت كافة البيانات اللازمة والمفيدة فى تعيين العقار ، وعلى الأخص بيان موقعه ومساحته وحدوده.

---

(١) راجع ما تقدم فقرة ٥٠ ص ١٤٨ هامش ١

فإن كان من الأراضى الزراعية وجب ذكر اسم الناحية والحوض ورقم القطعة ، وإن كان من أراضى البناء أو من العقارات المبنية فيها وجب ذكر اسم القسم والشارع والحارة والرقم إن وجد .

هذا البيان يعتبر أيضاً امتداداً لمبدأ تخصيص الرهن . فقد اشترط المشرع المدنى تعيين العقار فى عقد الرهن ذاته . على أن التخصيص الوارد فى عقد الرهن ، لا يغنى عن ذكره فى قائمة القيد لاختلاف هدف كل منهما . فهو فى العقد شرط لازم لانعقاده ، وهو فى قائمة القيد بيان واجب لسريان الرهن على الغير (١) .

ويلاحظ فى هذا الشأن وجوب تطابق البيانات الواردة فى عقد الرهن ، مع تلك التى جاءت فى قائمة القيد . ولذلك استلزم قانون الشهر العقارى عند تقديم طلب الشهر فى المرحلة النهائية أن يقدم عقد الرهن الرسمى مقروناً بقائمة القيد . وهنا تبدو أهمية ما سبق لنا بيانه أن اشتراط الرسمية فى التعبير عن الرضاء بالتعاقد يلعب دوراً فعالا فى تطبيق مبدأ تخصيص الرهن .ذلك أن البيانات التى تذكر فى العقد أمام موظف عام مختص قد أولاها المشرع ثقة خاصة ، فاستلزم لجواز إنكارها الطعن فيها عن طريق التزوير (٢) .

٦٢ — جزاء تخلف بعض البيانات المتقدمة أو الخطأ فيها :

يظهر فى نطاق هذا البحث أثر الشكل على مضمون الحق . ويتحدد ببيان الجزاء المترتب على تخلف بعض البيانات القانونية فى قائمة القيد أو الخطأ فيها. فقد يفضى ذلك إلى عدم الاعتداد بالقيد ، وإنكار الغير لوجوده . على أنه

---

(١) أنظر عبدالفتاح عبد الباقى ص ٣٧٢ هامش ٣ وقد وردت فيه الإشارة إلى حكم استئناف مختلط ١٨ مايو سنة ١٩٢٢ (مجموعة ٣٤ ص ٤١٥) . جاء فيه أن القيد ماهو إلا إجراء تابع لعقد الرهن . فإذا كان عقدالرهن باطلا لعدم التخصيص فإن هذا البطلان لا يزول بالتخصيص الوارد فى قائمةالقيد . على أنه ليس ثمة ما يمنع من أن تضيف قائمة القيد تفصيلات لبيان ورد ذكره فى العقد على نحو كان كافياً لانعقاده صحيحاً .

(٢) راجع ماسبق بيانه بشأن الرسمية فقرة ٥٤ .

يجب أن نبين موقف المشرع المصرى من هذا الجزاء . فهو يختلف فى شروط توافره ، ونطاق تطبيقه ، عما كان عليه الحال فى ظل قانون التسجيل القديم .

لم يخضع هذا الجزاء لتنظيم تشريعي فى مصر قبل صدور قانون الشهر العقارى ومن ثم ترك أمر تقريره لسلطان القضاء . وقد استعان فى هذا الشأن بما جرى عليه الحال أمام القضاء الفرنسى قبل صدور قانون أول مارس ١٩١٨ الذى نظم فى فرنسا أحكام الجزاء المترتب علي إغفال ذكر بعض البيانات أو الخطأ فيها .

وكان المعيار فى هذا الشأن مستمداً من أهمية كل بيان ، ومدى تعلقه بمبدأ تخصيص الرهن من ناحية ، وصلته بالغاية من نظام الشهر العقارى من ناحية أخرى . ومن هنا جاءت التفرقة بين البيانات الجوهرية أو الأساسية ، والبيانات التنظيمية أو الثانوية .

وتعتبر البيانات جوهرية Substantielles إذا كان ذكرها يقتضيه مبدأ تخصيص الرهن ، وإغفالها يهدر الحكمة من الشهر . وهى وحدها التى رتب القضاء على تخلفها أو الخطأ فيها بطلان القيد . ومثال ذلك أن تخلو قائمة القيد من ذكر اسم الراهن أو تعيين قدر الدين المضمون أو تحديد العقار المرهون(١)

وتكون البيانات تنظيمية أو ثانوية Accessoires إذا كان المشرع قد استلزمها لاعتبارات إدارية تتعلق بتنظيم أحكام الشهر وتيسير إجرائه . من ذلك مثلا ما يتصل بذكر رقم العقار المرهون إذا كان منزلا ، ولايمتلك الراهن غيره فى الجهة المبينة بقائمة القيد ، أو ما يتعلق بتعيين محل مختار للدائن مادام إعلانه ميسوراً فى محل إقامته أو فى قلم كتاب المحكمة (٢) .

---

(١) استئناف مختلط ١٠ يناير ١٩٢٩ مجموعة ٥١ ص ١٠٧ .

(٢) أنظر بيير رينو انسكلوبيدى داللوز « قيد الرهن» جزء ٢ ص ١٠٤٩ بند ٣٣٠ وما بعده .

هذه التفرقة رغم ما قد توحى به من يسر فى التطبيق ، اصطدمت بالكثير من الصعاب . فلم يكن هيناً على القضاء من غير نص تشريعى أن يضع حداً فاصلا بين بيان جوهرى وآخر ثانوى (١) . وكان المرجع الأخير بطبيعة الحال لمحكمة النقض تفرض رقابتها القانونية على قاضى الموضوع فى هذا الشأن (٢). بل وأثير التساؤل أيضاً إذا ما كان القاضى عليه أن يحكم بالبطلان ، حتى ولم يترتب على إغفال البيان أو الخطأ فيه الاضرار بمصالح الغير (٣) .

وقد أراد المشرع أن يحسم الأمر فوضع نصاً خاصاً بالجزاء المترتب على نقص بيانات القيد أو الخطأ فيها فى المادة ٤١ شهر عقارى التى تقرر ما يأتى «لا يترتب على إغفال بيان أو أكثر من البيانات المنصوص عليها فى المادة الثلاثين بطلان القيد إلا إذا نتج عن ذلك ضرر للغير . ولا يجوز أن يطلب البطلان إلا من وقع عليه الضرر بسبب إغفال البيانات أو بسبب عدم ضبطها. وللمحكمة أن تبطل أثر القيد أو أن تنقص من أثره تبعاً لطبيعة الضرر ومداه (٤)

الفكرة الأساسية التى يستند إليها هذا الحكم هو أن الجزاء لا يتحرك إلا إذا كان هناك ضرر . ويترتب على ذلك أن إغفال أى بيان معين أو الخطأ فيه لا يفضى إلى بطلان القيد بقوة القانون . بل يجب أن يطلب ذلك من المحكمة. ولا يجوز أن يتمسك بالبطلان إلا من لحقه الضرر من تخلف البيان أو الخطأ فى ذكره ، وعليه يقع عبء إثبات الضرر تطبيقاً للقواعد العامة فى هذا الشأن. والقاضى على ضوء تقدير هذا الضرر يزن الجزاء الذى يحكم به ، فيحدده فى نطاق الضرر ومداه (٥) .

---

(١) راجع بلانيول وريبير وبيكيه جزء ١٢ بند ٧٥١ .

(٢) بيير رينو المرجع السابق فقرة ٣٣٠ .

(٣) استئناف مختلط ٣١ ديسمبر ١٩١٧ مجموعة ٣٠ ص ١١٣ .

(٤) هذا النص يطابق ما جاء فى الفقرة الأخيرة من المادة ٢١٤٨ من التقنين الفرنسى التى أضيفت بقانون أول مارس ١٩١٨ . وقد استلهم المشرع الفرنسى هذا الحكم من القانون البلجيكى الصادر بهذا المعنى فى ١٦ ديسمبر سنة ١٨٥١ .

(٥) أنظر حكم محكمة باريس ٧ مارس ١٩٤٧ المنشور فى « جازيت دى باليه » ١٩٤٧ القسم الأول ص ٢٢٨ .

. ويتضح مما تقدم أن الوصف القانونى للجزاء الذى قرره المشرع يقترب من عدم النفاذ أو السريان ، فهو أصدق فى دلالته من اصطلاح البطلان . ذلك أن القاضى لا يبطل القيد ، وإنما يحكم بجزاء لصالح من أصابه ضرر من إغفال بيان معين أو ذكره على سبيل الخطأ . بل وفى هذا الشأن لا يقضى بذلك الجزاء لمجرد وقوع المخالفة فى قائمة القيد ؛ وإنما يكيفه على ضوء الضرر المترتب عليها . وفى هذا النطاق لا يلتزم بتقرير عدم سريان القيد لصالح من يطلب منه ذلك ، بل قد يقنع فقط بالجزاء اللازم لرفع الضرر .

وعلى هذا النحو يستند الحكم الوارد فى نص المادة ٤١ شهر عقارى إلى القواعد العامة فى المسئولية التقصيرية . فيصبح مجرد تطبيق للمبدأ الذى جاء فى المادة ١٦٣ من التقنين المدنى والذى يقضى بأن كل خطأ سبب ضرراً للغير يلزم من ارتكبه بالتعويض . وتتحقق أركان المسئولية فى هذه الصورة الخاصة بنسبة الخطأ إلى الدائن وهو مفترض من إغفال ذكر البيان أو الخطأ فيه ، وبوقوع الضرر ويقع على الغير عبء إثباته ، وبتوافر صلة السببية بين الخطأ والضرر . حينئذ يتصدى القاضى لتقرير التعويض ، ويتفاوت قدره بحسب الأحوال . فيكون تارة بعدم سريان القيد فى مواجهة من أصابه الضرر ، وتارة أخرى بإهدار أثره بالقدر اللازم فقط لرفع هذا الضرر ، مثال ذلك أن يرد فى قائمة القيد مبلغ يجاوز حقيقة الدين ، فلا يكون الرهن سارياً إلا فى حدود المبلغ المستحق أصلا .

وبذلك يتضح أن التصوير الجديد للجزاء المقرر فى قانون الشهر العقارى ، يختلف عن ذلك الذي كان يطبقه القضاء المصرى والفرنسى قبل تدخل المشرع . ففى ظل التفرقة القديمة بين البيانات الجوهرية والثانوية ، كان الأمر يتعلق بحسم مسألة قانونية تخضع لرقابة محكمة النقض . وكان الجزاء عاماً يتصل بالنظر إلى قائمة القيد وفحص البيانات واجبة الذكر لتقدير مدى تعلقها بمبدأ تخصيص الرهن والهدف من الشهر بصفة عامة .

أما الآن وفى ظل التنظيم التشريعى الجديد ، فالجزاء هو مجرد تعويض

يحكم به القاضى لمن يثبت أنه أصيب بضرر من نقص بيان معين أو الخطأ فى ذكره . وهو جزاء مرن يتحدد بقدر الضرر . فتارة يكون بعدم نفاذ القيد، وتارة أخرى يكون بإهدار أثره فى حدود الضرر ومداه . والقضاء به مسألة موضوعية تخضع لسلطان القاضى يحكمها على ضوء ما يعرض له من وقائع. على أن محكمة النقض لازالت صاحبة الولاية فى التحقق من أن المخالفة بشأن بيان معين قد أفضت إلى إلحاق الضرر بالغير . وبعبارة أخرى لها أن تراقب توافر صلة السببية بين الخطأ والضرر .

ويعاب على هذا التصوير الجديد (١) . أنه لم يعتد بالحرص على وضع تنظيم آمر يكفل سلامة أحكام الشهر . ويضمن صدق المعلومات التى تحفظ بمكاتب الشهر العقارى ، وهى المرجع الأساسى للدلالة على حالة الائتمان العقارى فى الدولة بصفة عامـــة . بل وقد يغرى بعدم تحرى الدقة فى ذكر البيانات القانونية فى قائمة القيد ما دام الجزاء المترتب عليها لن يتحرك إلا إذا تمسك الغير به . وأثبت ما أصابه من أضرار . ولا يخلو هذا الاثبـــات من الصعوبة فى بعض الأحيان . الأمر الذى قد يفضى إلى الإبقاء على قوائم قيد غير مستوفية للشروط القانونية ما دام أحد لم يطالب أمام القضاء بعدم سريانها فى مواجهته.

ولعله كان من الأفضل الاستعانة بالمعيار القضائى القديم ، وإخضاعه لتنظيم تشريعى يزيل عنه القلق الذى أصابه فى التطبيق ، وذلك بوضع نص عام يحدد البيانات الجوهرية التى تتصل بمبدأ تخصيص الرهن وتحقيق هدف الشهر ، ويقرر بطلان القيد بحكم القانون إذا ما تخلف بيان منها أو ذكر على سبيـــل الخطأ . أما البيانات الثانوية التى تتصل بالتنظيم الإدارى لإجراءات الشهر فلا يبطل القيد بسبب نقصها ، إلا إذا أثبت الغير ضرراً لحقه من ذلك تطبيقاً للقواعد العامة فى المسئولية (٢) .

---

(١) أوبرى ورو الجزء الثالث فقرة ٢٧٦ ص ٤٧٧ .

(٢) أنظر بلانيول وريبير و بيكيه جـ ١٢ فقرة ٧٥٢ .

جزاء الخطأ فى ذكر المبلغ المبين بقائمة القيد : قدمنا أن البيـــان المتعلق بقدر الدين المضمون يلعب دوراً هاماً فى تحديد نطاق الأفضلية . ولهـذا عنى قانون تنظيم الشهر العقارى بإفراد حكم خاص به فقررت المادة ٤٢ ما يأتى «يقتصر أثر القيد على المبلغ المبين بالقائمة أو المبلغ المستحق أيهما أقل» .

تطبيقاً لحكم هذه المادة إذا كان قدر الدين المضمون يجاوز ما ذكر فى قائمة القيد ، فالعبرة بالنسبة إلى الغير بما جاء فيها فقط . إنما إذا ذكر فى قائمة القيد مبلغاً يزيد عن حقيقة الدين المضمون ، فهنا لا يعتد بما ورد فيها بـــل العبرة بقيمة الدين الحقيقية .

والمشرع بتقرير الحكم المتقدم أراد حماية الغير من ناحية وذلك بالأخـذ بقدر الدين الوارد فى قائمة القيد . ولكنه من ناحية أخرى حرص على عدم تحميل العقار بما يجاوز حقيقة الالتزام ، وعلى هذا النحو اعتد بهذه الحقيقة ، حتى ولو جاء ما يخالفها فى قائمة القيد .

٦٣ — تحديد معنى الغير فى أحكام القيد :

يتحدد معنى الغير فى هذا الشأن على ضوء ما يترتب على القيد من آثار(١). وأثر القيد كما بينا هو تمكين الدائن المرتهن من مباشرة السلطات التى يخولها الحق العينى التبعى . وهى الأفضلية والتتبع .

وبذلك يعتبر من الغير بالنسبة لأحكام القيد كل من يلحقه ضرر من مباشرة الأفضلية أو التتبع (٢) .

وتطبيقاً لهذا المعيـــار يصدق وصف الغير أولا على من يسوء مركزه

---

(١) انظر فى هذا الموضوع بصفة خاصة جان مارى اوسيل « دراسة فى فكرة الغير فى القانون المدنى الفرنسى » رسالة إلى كلية حقوق تولوز سنة ١٩٥٢ ص ١١٦ فقرة ١٠١ وما بعدها .

(٢) جان مارى اوسيل المرجع السابق فقرة ١٠١ بلانيول وريبير وبيكيه جـ ١٢ فقرة ٧٥٨ .

بالأفضلية التى يتمتع بها الدائن المرتهن . فلا يجوز الإحتجاج بالرهن غير المقيد على كل دائن مزود بتأمين عينى خاص على العقار المرهون . مثال ذلك بائع العقار الذى لم يقبض ثمنه ، فهو صاحب حق امتياز على العقار يضمن الوفاء بالثمن ، والدائن الذى تقرر له اختصاص على هذا العقار ، بل وكل دائن اكتسب عليه حق الرهن . اذ يستطيع أى شخص من هؤلاء أن ينكر وجود الرهن غير المقيد ، وأن يتقدم على الدائن صاحب هذا الرهن ، ما دام حقه قد تم شهره وفقاً للقانون .

كذلك يعتبر من الغير الدائن العادى للراهن ، لأنه يفاجأ بدائن مرتهن يتميز بالتقدم عليه فى استيفاء دينه من المقابل النقدى للعقار المرهون . وغنى عن البيان أن هذه الأفضلية يترتب عليها الإخلال بالقاعدة العامة فى المساواة بين الدائنين فى سعيهم نحو أموال المدين .

ويلاحظ بالنسبة للدائنين العاديين ، أن أهمية الاحتجاج بعدم إجراء القيد تظهر فقط منذ الفترة التى يمتنع بعدها سريان القيود . ويتحقق ذلك فى حالة افلاس الراهن ، أو تسجيل تنبيه نزع ملكية العقار المرهون .

وكما يصدق وصف الغير على من يصيبه الضرر من مباشرة الدائن المرتهن لحق الأفضلية ، فهو يتوافر أيضاً فى كل شخص يلحقه هذا الضرر من ممارسة حق التتبع الذى يكفله الرهن .

هكذا يكون من الغير أيضاً حائز العقار المرهون . وهو من يتلقى ملكيته أو أى حق عينى آخر قابل للرهن . ومثال ذلك مشترى العقار ، فهو يعتبر من الغير بالنسبة لأحكام القيد ، لأن الدائن المرتهن يتعقب العقار تحت يده للتنفيذ عليه واستيفاء الدين من ثمن البيع الجبرى . ولا يجوز للدائن هذا التتبع إلا إذا كان الرهن مقيداً فى تاريخ سابق على تسجيل عقد البيع الذى اكتسب به الحائز ملكية العقار المرهون .

---

(١) بلانيول وريبير وبيكيه جـ ١٢ فقرة ٧٥٨ ص ٧٩٨ – راجع ايضا ما يلى فقرة ٦٨ .

على ضوء ما تقدم يتحدد معنى الغير بالنسبة لأحكام القيد ، فيشمل كل شخص يضار من حق الأفضلية أو التتبع . ويكفل له تجاهل حق الدائن المرتهن إذا لم يكن مقيداً . ولنا إلى هذا الحكم عودة مفصلة فى دراسة التزاحم على الأفضلية ، وموقف حائز العقار المرهون (١) .

٦٤ — تجديد القيد :

تنص المادة ٤٣ شهر عقارى على ما يأتى «يسقط القيد إذا لم يجدد فى خلال عشر سنوات من تاريخ إجرائه — على أن للدائن أن يجرى قيداً جديداً إن أمكن ذلك قانوناً تكون مرتبته من وقت إجرائه . وكل تجديد لا يكون له أثر إلا لمدة عشر سنوات من التاريخ الذى أجرى فيه» .

وجاء فى المادة ٤٤ حكم آخر مقتضاه أن «تجديد القيد واجب أثناء الإجراءات التى تتخذ لنزع ملكية العقار المثقل بالحق العينى ولكنه لا يكون واجباً إذا انقضى الحق أو ظهر العقار ، وبوجه خاص إذا بيع العقار قضاء وانقضى ميعاد زيادة العشر» .

يظهر مما تقدم أن القيد يجب تجديده قبل فوات عشر سنوات من إجرائه ، فاذا لم يتجدد حكم المشرع بسقوطه. وترتد الحكمة من ذلك إلى اعتبارات عملية وأسباب تتعلق بحماية الملكية العقارية .

١ — فاشتراط تجديد القيد ييسر العمل فى الشهر العقارى . ذلك أنه لو استمرت آثار القيد ممتدة من غير تحديد زمنى ، لترتب على ذلك تراكم قوائم القيد ، وإرهاق مكاتب الشهر فى حفظها على نحو يعرضها للخطأ فيما تقدمه للغير من معلومات إذا ما تقدم للاطلاع على الحالة القانونية لعقار من العقارات .

---

(١) انظر دراستنا المقبلة فى آثار الرهن لتزاحم الدائنين على الأفضلية ، ودراستنا لمباشرة التتبع فى مواجهة حائز العقار المرهون .

بل وإن الحكم بسقوط القيد الذى لا يتجدد ، ييسر مهمة الغير فى التعرف على الحالة القانونية للعقار ، فهو يقصر جهده على فحص دفاتر الشهر المتعلقة بالعشر سنوات الأخيرة فقط .

على أن هذا الاعتبار المتقدم لا ينهض وحده حجة لتبرير تجديد القيـد. ذلك أن المشرع لم يستلزم مثل هذا الإجراء بالنسبة للتسجيل ، وعلى هذا النحو تظل مصلحة الشهر العقاري بالنسبة له مضطرة إلى حفظ دفاتر ومحررات يمتد أثرها إلى تاريخ بعيد ، ولو كانت الحكمة قاصرة على تيسير مهمتها لاشترط المشرع التجديد لامتداد أثر كافة الحقوق العينية دون تمييز بينها .

٢ ـ ويبدو أن الحكمة الأساسية ترتد إلى حماية الملكية العقارية (١) . فقد يحدث فى العمل أن تنقضى الديون المضمونة بالرهن ، ويهمل صاحب الشأن فى شطب القيد المتعلق بها . لذلك قضى المشرع أنه بانقضاء فترة معينة حددها بعشر سنوات تسقط كافة التأمينات العقارية الخاصة . وعلى من يرغب فى الإبقاء عليها إن كان له فى ذلك مصلحة ، أن يبادر بتجديد القيد .

فإذا تم التجديد قبل انقضاء عشر سنوات من إجراء القيد الأصلى ، ظل الرهن محتفظاً بمرتبته القديمة ، وبدأت مدة أخرى من السريان يتعين قبـل انقضائها تجديد الرهن إذا لم يكن قد انقضى بسداد الدين المضمون .

وإذا لم يقع التجديد فى الموعد المقرر قانوناً سقط القيد وزالت عن الدائن المرتهن المرتبة التى كان يحتلها . وجاز لكل ذى مصلحة أن يتمسك بهـذا السقوط .

على أن عدم إجراء القيد فى موعده لا يمس الحق العينى المترتب على الرهن. إذ يستطيع الدائن رغم سقوط القيد القديم ، أن يجرى قيداً جديداً ، ولكنه لا يكتسب سوى مرتبة جديدة تحتسب من تاريخ إجراء القيد الأخير .

ويلاحظ أن الالتزام الذى أوقعه المشرع على عاتق الدائن المرتهن بتجديد

---

(١) بودان وفواران جزء ١٤ بند ٩٣١ .

القيد يظل واجباً حتى ولو حل ميعاده في أثناء اتخاذ إجراءات نزع ملكية العقار .

ولكن تنتفي الحكمة من التجديد في حالتين . الأولى إذا انقضى الرهن بصفة عامة ، والثانية بتطهير العقار من الحقوق العينية التبعية المقررة عليه .

لاتثير الحالة الأولى أية صعوبة . ويقصد بها الصور التي يزول بها الرهن تبعاً لانقضاء الدين. والرهن كما نعلم نظام قانوني تابع في ظل القانون المصري . ومن ثم لا يلتزم الدائن بتجديده إذا ما استوفى حقه ، أو انقضى ذلك الحق بأي سبب من أسباب انقضاء الالتزام . والقول بغير ذلك يؤدي إلى تمكين الدائن من الإبقاء على رهن مستقل أصيل لا يسنده دين يضمنه ، وهو نظام لا يعرفه المشرع المصري كما سنبين بالتفصيل في دراستنا للفصل المخصص لزوال الرهن .

وتعالج الحالة الثانية الصور التي يتحرر فيها العقار من الحقوق العينية التبعية المقررة عليه . وتعرف بتطهير العقار . هنا لا يلزم أيضاً تجديد القيد ، إذ يتعلق حق الدائن بالمقابل النقدي للعقار . وبذلك يفقد التجديد الحكمة من تقريره . فهو يهدف إلى تمكين الغير من العلم بأن العقار مثقل بحقوق عينية تبعية ، والتطهير يحرره منه . ومن ثم يصير التجديد غير مجد ، بل يتعين عدم إجرائه .

يتم تحرير العقار من الرهون المقررة عليه ، وبالتالي لا يلزم التجديد في صورتين . تتحقق الأولى إذا عرض حائز العقار مبلغاً تقديرياً على الدائنين ، وقبل هؤلاء العرض أو فوتوا ميعاد الاعتراض عليه ، ثم قام الحائز بإيداع ذلك المبلغ في خزانة المحكمة أو بدفعه إلى الدائنين الذين تسمح مرتبتهم باستيفاء حقوقهم منه (م ١٠٧٠ مدني) (١) .

وتتوافر الصورة الأخرى إذا ما بيع العقار بالطرق القانونية المتبعة في

(١) أنظر فيما يلي دراستنا المباشرة التتبع وموقف حائز العقار المرهون .

البيوع الجبرية ، هنا أيضاً يطهر العقار من الرهن المقرر عليه ويتعلق حق الدائن المرتهن بالثمن ، ومن ثم لا يلزم تجديد قيد الرهن (١) .

---

(١) تنص المادة ٤٤ شهر عقارى على أن « تجديد القيد لا يكون واجبا إذا طهر العقار وبوجه خاص إذا بيع العقار قضاء وانقضى ميعاد زيادة العشر » وقد يظهر من نص هذه المادة أن تطهير العقار يتم برسو المزاد فى البيع الجبرى وانقضاء ميعاد زيادة العشر . ولكن تنبغى الإشارة فى هذا الشأن أن الحكم الوارد فى م ٤٤ لا يضع قاعدة عامة بشأن تطهير العقار ، وإنما هو يحدد فقط التاريخ الذى لا يلزم بعده تجديد القيد . أما تطهير العقار فيرجع بشأنه إلى نص المادة ١٠٨٤ مدنى ، وإلى ما استقر عليه فقهاء قانون المرافعات . وقد ثار بينهم الخلاف حول الإجراء الذى يطهر العقار . هل يكتفى بتسجيل حكم برسى المزاد ؟ أم يشترط علاوة على ذلك أن يقوم المشترى بوفاء الثمن للدائنين حسب مراتبهم أو إيداعه بخزانة المحكمة طبقاً لما جاء فى المادة ١٠٨٤ من التقنين المدنى التى نصت على أنه إذا بيع العقار المرهون بيعا جبريا بالمزاد العلنى فإن حقوق الرهن على هذا العقار تنقضى بإيداع الثمن الذى رسا به المزاد أو بدفعه إلى الدائنين الذين تسمح مراتبهم باستيفاء حقوقهم من هذا الثمن .

راجع بشأن هذا الخلاف الفقهى المتقدم المغفور له محمد حامد فهمى الطبعة الثالثة من كتاب التنفيذ فقرة ٤٤٤ — أحمد أبو الوفا « إجراءات التنفيذ » فقرة ٣٧٣ .

وأيا ما كان الأمر فالخلاف المتقدم لا ينصرف إلى تحديد التاريخ الذى لا يلزم بعده التجديد ، إذ يتفق رأى الفقه والقضاء على تطبيق حكم م ٤٤ شهر عقارى ، فلا يكون التجديد واجبا بعد رسو المزاد فى البيع الجبرى وانقضاء ميعاد زيادة العشر . أنظر حكم محكمة النقض ٥ نوفمبر ١٩٥٣ (مجموعة المكتب الفنى بوزارة العدل ١٩٥٤ العدد الأول ص ١٢١) . وقد جاء فيه أن تطهير العقار معلق على قيام الراسى عليه المزاد بأداء الثمن فى أجل استحقاقه ، ومتى أعيدت إجراءات البيع على ذمة المشترى المتخلف بعد رسو المزاد الأول وانقضاء ميعاد زيادة العشر استردت القيود والتسجيلات سيرتها الأولى ولو كان قد مضى عليها أكثر من عشر سنوات . إذ تجديدها خلال هذه الفترة غير لازم وفقاً للمادة ٦٩٤ من القانون المدنى المختلط (وهو حكم يشابه ما جاء فى م ٤٤ شهر عقارى بشأن عدم لزوم التجديد بعد رسو المزاد وفوات ميعاد زيادة العشر) .

وكان القانون الفرنسى يقرر أن تجديد القيد لا يلزم منذ اللحظة التى يحقق فيها القيد أثره القانونى أى حينما ينتقل حق الدائن المرتهن من العقار الى ثمنه . وقد أخذ على هذا الحكم ما يثير من صعوبات عملية . ولذا جاء قانون الشهر الجديد الصادر فى ٤ يناير سنة ١٩٥٥ ، فأوجب تجديد القيد ولو انتقل حق الدائن المرتهن إلى ثمن العقار بعد بيعه . وقرر أن الدائن لا يعفى من التجديد إلا بإيداع الثمن ، أو أدائه للدائنين . انظر راؤل ميشينيه « النظام الجديد للشهر العقارى وتطبيقه العملى » ص ٦٠ فقرة ١٠٦ .

أنظر أيضا دراستنا المقبلة لانقضاء التتبع فى الفصل المخصص لآثار الرهن ، وكذلك دراستنا لزوال الرهن بصفة عامة .

غني عن البيان أن الأحكام المتقدمة بشأن عدم وجوب تجديد القيد تصدق أيضاً على الصورة التي تنزع فيها ملكية العقار للمنفعة العامة تطبيقاً لأحكام القانون رقم ٥٧٧ لسنة ١٩٥٤ . إذ يترتب على ذلك تحرر العقار من كافة الحقوق العينية التبعية المقررة عليه ، وتتعلق حقوق الدائن بالمقابل النقدي الذي يستحق عن نزع الملكية .

مقارنة بين القيد الأصلي وتجديد القيد : يتضح مما تقدم أن هنالك اختلافاً جوهرياً يميز القيد الأصلي ، عن تجديده .

فالقيد الأصلي يمنح للدائن المرتهن مرتبة لم تكن له من قبل ، أما التجديد فيتمثل أثره في المحافظة على مرتبة قديمة . ومن ثم فإذا أجرى في الموعد القانوني ، يستمر القيد القديم في ترتيب آثاره خلال عشر سنوات جديدة . وعلى هذا النحو يمكن القول بأن التجديد إجراء يرمى إلى المحافظة على آثار قيد أصلي (١) .

أما إذا وقع التجديد في موعد متأخر ، أي بعد فوات المدة القانونية لإجرائه ، فهنا تنقطع صلته بالقيد القديم فلا يعتبر استمراراً له . وينتج أثره على أنه قيد جديد يقرر لصاحبه مرتبة لا تحتسب إلا من تاريخ إجرائه. وظاهر ما في ذلك الحكم من أثر خطير على حق الدائن المرتهن ، إذ يتقدم عليه كافة الدائنين أصحاب الحقوق المقيدة في تاريخ سابق على إجراء التجديد المتأخر ، حتى ولو كان يفضلهم فيما سبق بمقتضى مرتبته القديمة .

وخلاصة القول مما تقدم أن التجديد في الموعد القانوني هو استمرار القيد القديم . أما التجديد المتأخر فهو قيد جديد يعدم آثار ما كان يتمتع

---

(١) انظر بيدان وفواران جزء ١٤ بند ٩٤٠ وما بعده .

به الدائن المرتهن من أفضلية وتتبع بمقتضى مرتبته السابقة (١) .

ويلاحظ بشأن هذه المقارنة أن التجديد القانونى لا يقتضى اتباع إجراءات القيد الأصلى . ولئن كان المشرع لم ينظم طريقة إجرائه ، فلعله من الأفضل لصالح الدائن المرتهن أن يعيد ذكر بيانات القيد كاملة . ويجب أن يرد فى التجديد ما يفيد صراحة الإشارة إلى القيد الأصلى . وتنبغى الحيطة والحذر بصفة خاصة فى بيان تاريخ التجديد ، لأن هذا التاريخ هو الذى يجعله منتجاً لآثاره كإجراء يرمى إلى المحافظة على مرتبة قديمة .

أخيراً وضع المشرع بشأن مصروفات التجديد حكماً مماثلا لمصروفات القيد الأصلى ، فقضى بأن يتحملها الراهن ، فإن أنفقها الدائن المرتهن أضيفت بحكم القانون إلى المبالغ التى يستوفيها بطريق الأفضلية من المقابل النقدى للعقار «م ١٠٥٥ مدنى». وسنشير إلى هذا الحكم مرة أخري فى دراستنا لنطاق الأفضلية (٢) .

٦٥ — التأشير فى هامش القيد :

يعرض بحث هذا الموضوع فى مواضع متفرقة من دراسة الرهن الرسمى ، ولذا نكتفى هنا فقط بتجميع صور التأشير على هامش القيد ونحيل فى تفصيل أحكامها إلى البحث المخصص لكل منها .

---

(١) فاذا فرضنا أن القيد الأصلى تم أول يناير ١٩٤٥ وجب أن يجرى تجديده فى تاريخ لا يتجاوز يوم أول يناير ١٩٥٥ ، وذلك على أساس عدم احتساب اليوم الذى أجرى فيه القيد ، واحتساب اليوم الأخير فى انقضاء مدة عشر السنوات على القيد الأصلى . فاذا وقع التجديد فى تاريخ لاحق على ذلك بأن تم مثلا فى أول أبريل ١٩٥٥ ، لا تحتسب مرتبة الدائن المرتهن إلا من هذا التاريخ ، ويسبقه فى استيفاء حقه كافة الدائنين المرتهنين المقيدة حقوقهم قبل أول أبريل . وإذا كان الراهن قد تصرف فى العقار المرهون قبل هذا التاريخ وسجل هذا التصرف ، يصبح التجديد المتأخر عديم الأثر فى مواجهة من تلقى ملكية العقار لأنه بمثابة قيد قد ورد على عقار مملوك للغير .

(٢) أنظر فيما يلى دراستنا لآثار الرهن بشأن نطاق الأفضلية .

التأشير على هامش القيد يقصد به إجراء تمكين الغير من العلم بما يطرأ على مصير القيد الأصلى من تغيرات قد تصيبه فى بقائه ، أو فى القليل تمنح آثاره إلى دائن آخر غير الدائن الذى تقرر أصلا لصالحه .

وفى هذا الشأن تنص الفقرة الثانية من المادة ١٠٥٣ فى التقنين المدنى على ما يأتى :— «لا يصح التمسك قبل الغير بتحويل حق مضمون بقيد ، ولا التمسك بالحق الناشىء من حلول شخص محل الدائن فى هذا الحق بحكم القانون أو بالاتفاق ، ولا التمسك كذلك بالتنازل عن مرتبة القيد لصالح دائن آخر إلا إذا حصل التأشير بذلك فى هامش القيد الأصلى» .

وتقضى المادة ١٩ شهر عقارى بحكم مماثل وتضيف اليه أنه لا يجوز التمسك قبل الغير كذلك بمحو القيد إلا إذا حصل التأشير بذلك فى هامش القيد الأصلى (١) .

يظهر من النصوص المتقدمة أن إجراء التأشير فى هامش القيد قد لا تقل أهميته عن إجراء القيد الأصلى ، لأن إغفاله يترتب عليه تخلف الآثار التى من أجلها استلزمه المشرع .

وتتناول هذه النصوص صوراً متعددة منها ما يتصل بنقل آثار القيد إلى دائن آخر ، ومنها ما يتعلق بإزالة القيد الأصلى عن طريق المحو أو الشطب ، ونبينها فيما يلى على النحو الآتى :—

---

(١) نتناول هنا فقط صور التأشير فى هامش القيد الأصلى ، فلا نعالج التأشيرات الهامشية بصفة عامة ، ومنها ما سبق ذكره فى دراسة الرهن الصادر من مالك زالت عنه الملكية بأثر رجعى ، وقد بينا بشأنه أن التأشير على هامش المحرر المسجل الذى تلقى الراهن الملكية بمقتضاه برفع دعوى الطعن فيه ، ينفى حسن النية عن الدائن المرتهن الذى تقرر رهنه بعد هذا التأشير . أنظر ما تقدم فقرة ٤٧ .

كذلك أيضا سنبين فى دراسة الرهن الحيازى العقارى أن بقاء حيازة العقار المرهون تحت يد الراهن بصفته مؤجرا إذا تم بعد عقد الرهن لا يسرى فى مواجهة الغير إلا إذا أشر بالإيجار على هامش القيد . أنظر ما يلى فى دراسة الحيازة كشرط لسريان الرهن الحيازى على الغير .

١ — إذا نقل الدائن المرتهن الالتزام المضمون بالرهن إلى دائن آخر عن طريق حوالة الحق ، فالقاعدة أن هذه الحوالة تضمن هذا الإلتزام بما كان يكفله من تأمينات (م ٣٠٧ من التقنين المدنى) . فإذا كان أحد هذه التأمينات رهناً رسمياً ، لا يجوز التمسك به فى مواجهة الغير إلا بالتأشير على هامش القيد الأصلى بهذه الحوالة . وهنا تظهر مصلحة الدائن المحال إليه فى التعجيل بهذا الإجراء (١) . ويسرى الحكم المتقدم إذا كان الدائن المحيل قد رهن الدين لصالح أحد دائنيه ، فإذا كان الدين مضموناً برهن رسمى ، وجب على الدائن الذى تلقى الدين على سبيل الرهن أن يؤشر بذلك على هامش قيد الرهن الرسمى (٢) .

٢ — استلزم المشرع الحكم متقدم الذكر فى صورة قريبة من الأولى ، وتتحقق بطريق الوفاء مع الحلول . فهنا نجد أن الدائن الذى أوفى بالدين قد يحل حلولا قانونياً أو اتفاقياً محل الدائن الأصلى (م ٣٢٩ من التقنين المدنى) . ويمتد هذا الحلول إلى التأمينات الضامنة للوفاء بالالتزام . فإذا كان من بينها رهن رسمى ، تعين أيضاً على الموفى أن يؤشر على هامش القيد الأصلى بما يفيد حلوله مكان الدائن المرتهن .

٣ — تتناول الصورة الثالثة حكماً ورد فى المادة ١٠٥٩ ويقضى بما يأتى «للدائن المرتهن أن ينزل عن مرتبة رهنه فى حدود الدين المضمون بهذا الرهن

---

(١) ويلاحظ فى هذا الشأن أن انتقال الالتزام قد يكون سلبيا بمعنى أن تتم حوالة الدين من المدين إلى مدين آخر . وقد نصت م ٣١٨ على انتقال التأمينات العينية الضامنة للوفاء بالدين . وعلى هذا النحو فاذا كان المدين الأصلى قد قرر رهنا رسمياً للدائن على أحد عقاراته ، يظل هذا الرهن قائما وينبغى القول أيضا بوجوب التأشير على هامش القيد الأصلى بما يفيد تحويل الدين . ويصبح المدين الأصلى وهو المحيل فى مركز الكفيل العينى ، لأنه يظل ضامنا للوفاء بالتزام انتقل إلى الغير ، وذلك فى حدود قيمة العقار المرهون .

(٢) وهذا هو ما تعنيه م ١٩ شهر عقارى بقولها « لا يصح التمسك قبل الغير برهن حق مضمون بقيد إلا إذا حصل التأشير بذلك على هامش القيد الأصلى . » أنظر ما سيأتى بشأن دراسة رهن الديون فى باب الرهن الحيازى .

لمصلحة دائن آخر له رهن مقيد على نفس العقار . مفاد هذا الحكم أن التنازل عن مرتبة الرهن لصالح دائن مرتهن آخر لنفس العقار لا يجوز الاحتجاج به على الغير ، إلا إذا أفصح عنه بالتأشير على هامش القيد الذى يخول للدائن المتنازل مرتبة مفضلة .. ولنا إلى هذا الحد عودة مفصلة فى دراسة آثار الرهن الرسمى (١) .

٤ — أخيراً قد يعرض من الأسباب القانونية ما يقضى بشطب القيد وإزالة آثاره ، وهنا استلزم المشرع أيضاً فى م ١٩ شهر عقارى أن يتم هذا الشطب بالتأشير به على هامش القيد الأصلى . ولما كان هذا الحكم يتميز بأهمية خاصة بالنسبة إلى مصير الرهن أو فى القليل المرتبة التى يحتلها الدائن المرتهن ، فسنفرد له بحثاً مستقلا بعد الفراغ من بيان الطريقة التى رسمها المشرع لإجراء التأشيرات الهامشية .

نص قانون الشهر العقارى فى المادة ٣٧ على أن الطلبات الخاصة بالتأشير الهامشى تقدم إلى مكتب الشهر الذى تم فيه شهر المحرر المراد التأشير فى هامشه . وتطبيقاً لهذا الحكم يجب على صاحب المصلحة فى التعديل من آثار قيد الرهن الرسمى أو إزالتها أن يتوجه إلى مكتب الشهر الذى تم فيه قيد الرهن.

ويلاحظ فى هذا الشأن أن المشرع أعفى من يطلب إجراء تأشير هامشى من المرحلة التمهيدية التى استلزمها فى شهر المحررات (٢) ، واكتفى فقط بالمرحلة الثانية وحدها . ذلك أن التأشير يتعلق بمحرر سبق شهره . ولكنه أجاز لمكتب الشهر أن يحيل الطلب إلى المأمورية المختصة إن اقتضت الحال ذلك (٣)

وقد أوجب المشرع أن يتضمن طلب التأشير بيانات خاصة ورد ذكرها فى الفقرة الثانية من المادة ٣٧ على النحو الآتى :—

---

(١) أنظر ما يلى فى دراسة الاتفاقات المتعلقة بالأفضلية فى الفصل المخصص لآثار الرهن الرسمى.

(٢) راجع ما تقدم فى بيان الخطوات التى يجب اتباعها فى قيد الرهن فقرة ٥٩ .

(٣) المادة ٣٧ من شهر عقارى — راجع أيضا المذكرة الإيضاحية للقانون بند ٣٩ .

١ — اسم الطالب ولقبه وصناعته وصفته ومحل إقامته . وهو فى هذا الشأن قد يكون الدائن المحال إليه فى صورة حوالة الحق ، أو الدائن الموفى فى صورة الوفاء مع الحلول ، أو الدائن الذى تلقى مرتبة من دائن مرتهن آخر لنفس العقار . وقد يكون أيضاً صاحب المصلحة فى طلب محو القيد ، وهو الراهن فى الغالب من الأمر على النحو الذى سنبينه فى بحث شطب القيد .

٢ — بيان نوع المحرر المراد التأشير على هامشه . والمقصود بهذا البيان هو عقد الرهن الرسمى الذى أشهر من قبل عن طريق القيد . ويجب هنا ذكر تاريخ ورقم الشهر حتى يتيسر الرجوع إليه .

٣ — السند الذى يبيح التأشير مع إيضاح تاريخه ونوعه ومضمونه والجهة التى صدر عنها وأسماء ذوى الشأن فيها .

وغاية هذا البيان أن يقدم طالب التأشير سنداً يثبت توافر السبب القانونى لإجراء هذا التأشير ، كأن يقدم الدائن المحال إليه بحق مضمون برهن الورقة المثبتة لحوالة الحق ، أو يبرز الدائن الموفى مخالصة الوفاء وما يثبت أنه قد حل محل الدائن بمقتضى حلول قانونى أو اتفاقى . فإذا كان التأشير بشأن تنازل عن مرتبة ، فعلى من تلقاها أن يرفق طلبه بسند هذا التنازل . وأخيراً لو تعلق الأمر بمحو القيد فلابد من إقامة الدليل على السبب القانونى لهذا المحو ، وهو قد يكون اختيارياً أو قضائياً كما سيتضح من دراسته .

ويقدم الطلب إلى مكتب الشهر (١) ، ويدرج فى دفتر معد لهذه الطلبات ، ويأخذ رقماً متتابعاً يفيد أسبقيته مع ذكر تاريخ اليوم والساعة وما تم بشأن الطلب (م ٢٢ من اللائحة التنفيذية) .

فإذا تحقق المكتب من استيفائه للشروط القانونية (٢) . أثبت التأشير فى هامش قيد الرهن الرسمى أو فى ورقة تلحق به . ويشتمل التأشير على كافة

---

(١) أنظر المادة ٢٢ وما بعدها من اللائحة التنفيذية لقانون الشهر العقارى .

(٢) وقد بينت المواد ٣٨ وما بعدها مايتبع بشأن الطلبات التى ينقصها استيفاء البيانات القانونية .

البيانات التى سبق ذكرها . وعلى بيان تاريخه والساعه التى تم فيها (١) .

٦٦- شطب قيد الرهن أو محو القيد :

القيد إجراء شكلى استلزمه المشرع للاحتجاج بالرهن فى مواجهة الغير وتمكينه من العلم بأن العقار ملكيته غير خالصة ، ولكنها مثقلة بحق عينى تبعى لصالح الدائن المرتهن .

فاذا ما طرأت أسباب تجعل بقاء القيد غير معبر عن الحقيقة ، وجب اتخاذ إجراء يزيله . ويتحقق ذلك بشطب القيد أو محوه الذى وردت أحكامه فى المواد ٤٥ ، ٤٦ من قانون تنظيم الشهر العقارى .

صور شطب القيد: تعرض الأحوال التى تؤدى إلى شطب القيد فى فروض

=فقضت م٣٨ بأنه إذا تبين أمين مكتب الشهر « أن طلب التأشير الهامشى لم يستوف ما يلزم لإجرائه من البيانات أبلغ الطالب أوجه النقص بمقتضى كتاب موصى عليه مصحوب باخطار وصول ، ويعين فى هذا الكتاب أجل لتلافى هذه الأوجه لا يجاوز شهراً ، فإذا انقضى الأجل دون استيفاء الطلب أشر عليه الأمين بالحفظ مع إبداء الأسباب وأبلغ الطالب ذلك بكتاب موصى عليه مصحوب بإخطار وصول . ولمن حفظ طلبه أن يطلب إلى أمين الشهر فى خلال عشرة أيام من تاريخ إبلاغ قرار الحفظ إليه رفع الأمر إلى قاضى الأمور الوقتية بالمحكمة الابتدائية التى يقع مكتب الشهر بدائرتها ، ويصدر القاضى قراره على وجه السرعة تبعاً لتحقق أو تخلف الشروط التى يتطلب القانون توافرها لإجراء التأشير .ولا يجوز الطعن فى القرارات التى تصدر على هذا الوجه بأى طريق (م ٣٩). وأضافت المادة ٤٠ عدم جواز إجراء أى تأشير هامشى بمقتضى طلب لاحق من شأنه الإخلال بحق طالب التأشير إلا بعد انقضاء الميعاد المعين فى المادة السابقة أو الفصل فى تظلمة على الوجه المبين فيها .

(١) يجب على مكتب الشهر أن يوافى المكتب الرئيسى بصورة من التأشيرات الهامشية فى نهاية كل شهر مع بيان رقم وتاريخ شهر المحررات المتعلق بها . ويقوم المكتب الرئيسى بحفظ هذه الصور بعد أن تدرج التأشيرات الواردة بها فى هامش صور المحررات أو فى ورقة تلحق بهذه الصور (م ٢٤ من اللائحة التنفيذية). وظاهر أن هذه الإجراءات التى تتصل بالتنظيم الداخلى للعمل بمكاتب الشهر العقارى تهدف إلى تيسير الاطلاع على قيد المحررات المقيدة وما يلحقها من تأشيرات .

متعددة . منها ما يتعلق بالرهن فى ذاته ، ومنها ما يقتصر فقط على القيد ، وأخيراً قد تتصل بمصير الدين المضمون الذى يلحق الرهن بطريقة تبعية .

١ — فإذا زال الرهن بصفة أصلية فقد القيد الحكمة من تقريره . مثال ذلك أن يكون باطلا أو يقضى بإبطاله ، أو يحكم القاضى بفسخ العقد لتوافر سبب يبرره ، أو يرد الرهن على عقار مملوك للغير فيطلب مالكه شطب القيد. فى كل هذه الفروض يعتبر بقاء القيد غير معبر عن الحقيقة ومن ثم يجب شطبه.

٢ — وقد يبقى الرهن كما هو ، ولكن يتنازل الدائن المرتهن عن المرتبة المقررة له بالقيد . والتنازل المقصود هنا هو الذى يتم لصالح المدين ، تمكيناً له من تدعيم إئتمانه بإزالة القيد وذلك مقابل تعهده مثلا بوفاء الدين فى أجل قريب . ويترتب على الشطب هنا إزالة القيد فقط ، ولكن الرهن يظل باقياً ، ويجوز إجراء قيد جديد بمقتضاه تحتسب مرتبته من وقت إجرائه .

٣ — أخيراً قد ينقضى الدين المضمون ، فينعكس ذلك على مصير الرهن بطريقة تبعية فيزيله (١) ، ومن ثم يتعين القول بإجراء شطب القيد أيضاً .

فى كل هذه الصور المتقدمة يزول القيد بشطبه فتتخلف تبعاً لذلك كافة الآثار التى ترتبت عليه فى مواجهة الغير . ويتم المحو بالطريقة التى بيناها فى إجراء التأشيرات الهامشية بصفة عامة أمام مكتب الشهر الذى اختص بإجراء القيد ذاته (٢) . وتكون مصاريف المحو على الراهن ما لم يتفق على غير ذلك (م ١٠٥٥ مدنى) .

السند القانونى للشطب : نصت المادة ٤٥ شهر عقارى على أنه «لا يجوز محو القيد إلا بمقتضى حكم نهائى أو برضا الدائن بتقرير رسمى منه» . ويستفاد

---

(١) أنظر فيما يلى دراستنا لزوال الرهن الرسمى فى الفصل المخصص لذلك .

(٢) راجع فيما تقدم فقرة ٦٥ .

من هذا النص أن الشهر العقارى لا يلتزم بالتأشير بالمحو إلا إذا أرفق الطلب بسند إرادى يعبرعن رضاء الدائن المرتهن . أو سند قضائى يفيد الحكم بإجرائه.

المحو الإرادى : يتم برضاء الدائن فى تقرير رسمى . ويلزم لوقوعه صحيحاً أن تتوافر فيه شروط موضوعية . وشرط شكلى يتعلق بوسيلة التعبير عن الرضاء .

فيلزم أولا أن يكون الرضاء بالمحو أو بالشطب صادراً عن إرادة واعية خالية مما يشوبها من عيوب الرضاء . وذلك تطبيقاً للقواعد العامة فى شروط الاعتداد بالتعبيرعن الإرادة . وتنبغى الإشارة بشأن الأهلية إلى أن المحو المترتب على التنازل عن الرهن أو القيد فقط ، يسىء إلى مركز الدائن المرتهن فهو يفقده ضماناً عقارياً خاصاً ، ولذا يجب أن تتوافر فى الدائن أو نائبه القانونى الأهلية أو السلطة اللازمة للتصرف فى العقار(١) .

ويجب إذا ما توافرت الشروط الموضوعية التى تتصل بالرضاء ، أن يكون التعبير عن إرادة الدائن فى تقرير رسمى (٢) . ويلاحظ هنا أنه لا يلزم بطبيعة الحال أن يقترن هذا التعبير برضاء المدين أو الراهن ، لأن المحو الإرادى هو تعبير منفرد عن إرادة الدائن .

المحو القضائى : ويستعان به للتغلب على عصيان الدائن المرتهن فى الرضاء بمحو توافرت أسبابه . حينئذ يحق لذى المصلحة أن يلجأ للقاضى يسأله الحكم بمحو القيد ، ويسند دعواه بما يبررها وذلك بإقامة الدليل على أن بقاء القيد

---

(١) أنظر ما سبق بيانه بشأن الشروط الواجب توافرها فى أهلية الراهن وسلطة وليه أو وصيه فقرة ٣٩. وراجع أيضا بودان وفواران ص ٦١٤ جزء ١٤ حيث يرى أن التنازل عن الرهن إذا كان بلا مقابل لزم إخضاعه لأحكام الأهلية والولاية اللازمة فى أعمال التبرع .

(٢) يكتفى فى حالة الرهن العقارى وحقوق الامتياز العقارية الخاصة التى تخضع للقيد بإقرار عرفى مصدق فيه على التوقيع (م ٤٥ شهر عقارى) .

أصبح غير معبر عن الحقيقة . ويكون ذلك بصفة خاصة إذا مازال الرهن لبطلانه أو فسخه . أو انقضى الدين الذى يضمنه بأى سبب من أسباب الانقضاء (١) .

ويجوز لكل ذى مصلحة أن يسعى للقضاء لاستصدار حكم بشطب الرهن، وتتوافر بصفة خاصة للراهن وخلفه الخاص كالدائن المرتهن للعقار أو مشتريه . بل وتتحقق أيضاً بالنسبة للدائنين العاديين لأن بقاء الأفضلية المقررة بالقيد يهدر قاعدة المساواة بينهم .

---

(١) وقد يلجأ المدين إلى القضاء لاستصدار حكم بالمحو إذا كان مزودا بوعد من الدائن بالتنازل عن الرهن أو القيد ، وكان هذا الوعد غير صالح للتقدم به إلى الشهر العقارى لعدم إفراغه فى ورقة رسمية «أنظر فى هذا الرأى بيدان وفواران جزء ١٤ ص ٦٢٧» .

كذلك تنبغى الاشارة هنا إلى ما جاء فى تقنين المرافعات بشأن توزيع ثمن العقار بين الدائنين (انظر المواد ٧٥٨ وما بعدها) ويعنينا بشأنه ما يتعلق بشطب القيود . قرر المشرع أن القاضى يعد قائمة مؤقتة للتوزيع ، وعلى ضوئها يدعى جميع الدائنين أصحاب الشأن للاتفاق على تسوية ودية ، فاذا تمت التسوية يعد القاضى قائمة التوزيع النهائى ، وإذا تخلف جميع ذوى الشأن اعتبر القاضى القائمة المؤقتة انتهائية . وفى كلتا الحالتين يأمر القاضى بشطب القيود الخاصة بالديون التى لم يدركها التوزيع (م ٧٦٨) . ويؤخذ من الدائن عند قبضه ما يستحقه فى التوزيع إقرار بشطب ماله من قيود . وتشطب القيود الخاصة بالحقوق التى لم يدركها التوزيع بناء على طلب الراسى عليه المزاد بمجرد تقديمه الأمر الصادر من القاضى بشطبها (م ٧٧٠) . على أن الأمر الصادر بشطب القيود الخاصة بالحقوق التى لم يدركها التوزيع لا يحول دون قبض الدائنين ما يستحقون من ثمن العقار بحسب مراتبهم إذا استوفى الدائنون المتقدمون عليهم حقوقهم من غير هذا الثمن (م ٧٧١) . يستفاد من أحكام النصوص المتقدمة أن شطب قيد الرهن يرد فى مرحلة توزيع ثمن العقار الذى بيع بالطريقة الجبرية بالنسبة إلى طائفتين من الدائنين : —

١ — الدائن الذى لم تسمح له مرتبته بالحصول على نصيب فى التوزيع . ويتم شطب القيد بناء على طلب الراسى عليه المزاد بمجرد تقديم أمر القاضى بشطبه . على أن ذلك لا يحرم الدائن من استرداد مرتبته واستيفاء حقه من الثمن ، إذا حصل الدائنون المتقدمون فى المرتبة على حقوقهم بطريق آخر .

٢ — الدائن الذى يستحق نصيباً فى ثمن العقار بمقتضى قائمة التوزيع النهائية لا يتلقى حقه إلا إذا قدم إقراراً بشطب قيده . ويتم الشطب بمقتضى هذا الإقرار .

وقد أعاد مشروع توحيد قانون المرافعات فى الجمهورية العربية المتحدة النص على المواد المتقدمة دون تعديل .

ولا تتوافر للسند القضائى صلاحيته لإجراء المحو بالشهر العقارى إلا إذا أصبح الحكم نهائياً غير قابل للطعن فيه بالطرق العادية . ويستفاد ذلك صراحة من نص المادة ٤٥ شهر عقارى . أما إذا كان الحكم قابلا للطعن بالطرق غير العادية وهى النقض والتماس إعادة النظر . فلا يحول ذلك دون التأشير على هامش القيد بشطبه . فإذا ألغى حكم المحو بإحدى هذه الطرق . جاز إزالة الشطب على النحو الذى سنبينه فيما يلى .

٦٧- ازالة الشطب - ما يترتب عليها من آثار :

قد يشطب القيد كما قدمنا بتوافر سند قانونى يستمد من إرادة الدائن أو حكم القضاء . على أنه يحدث فى العمل أن يزول هذا السند . ويتحقق ذلك مثلا إذا كان تعبير الدائن عن إرادته مشوباً بعيب فى الرضاء أو نقص فى الأهلية وقضى بإبطاله . أو كان الحكم النهائى الصادر بشطب القيد يجوز الطعن فيه بالنقض أو إلتماس إعادة النظر ، وباشره صاحب المصلحة وقبل هذا الطعن .

حينئذ يتخلف السند القانونى الذى شطب القيد من أجله . وتتعين إزالة الشطب . ويتحقق ذلك بحكم نهائى يقضى بإزالة الشطب الذى وقع على سبيل الخطأ ، وتتم الإزالة بالتأشير على هامش القيد بما يفيد إلغاء الشطب .

هنا تعرض فوراً مشكلة دقيقة تتصل بتحديد المرتبة التى يحتلها الدائن المرتهن . هل يترتب على إزالة الشطب عودة المرتبة الأولى التى كان يكفلها القيد المشطوب ؟ القول بذلك على إطلاقه ينكر مصلحة من اكتسب على العقار حقاً عينياً فى الفترة اللاحقة للشطب . إذ أنه تعامل مع مالك العقار وهو مطمئن إلى زوال المرتبة التى كان يحتلها الدائن المرتهن ، وقد استمد هذه الطمأنينة من إشارة رسمية تمثلت فى التأشير على هامش القيد بما يفيد شطبه .

كان من العسير على القضاء أن ينفرد بإيجاد حل يحسم هذا الموضع

الدقيق . ولهذا عنى المشرع فى قانون تنظيم الشهر العقارى بتقرير حكم استمده مما استقر عليه الحال فى القضاء الفرنسى (١) .

يستهدف هذا الحكم حماية الثقة المشروعة فى البيانات التى يتاح للأفراد الاطلاع عليها فى مصلحة الشهر العقارى . ولكنه يحرص فى الوقت ذاته على تمكين الدائن المرتهن من احتلال مرتبته التى كانت مقررة بالقيد المشطوب . مادام ذلك لا يهدر مصلحة من وضع ثقته فى هذا الشطب . واقبل على التعامل مع الراهن على هذا النحو .

تلك هى الأسس التى تسند حكم المادة ٤٦ شهر عقارى وهذا هو نصها «إذا ألغى المحو عادت للقيد مرتبته الأصلية ومع ذلك لا يكون لإلغائه أثر رجعى بالنسبة إلى القيود والتسجيلات التى أجريت فى الفترة ما بين المحو والإلغاء.

القاعدة العامة إذن أن إزالة الشطب ترتب أثراً رجعياً . فيسترد الدائن المرتهن مرتبته القديمة . ولكن بشرط عدم الإضرار بمن اكتسب حقاً عينياً على العقار فى الفترة التى تقع بين الشطب وإلغائه .

فاذا كان الراهن قد باع العقار خلال هذه الفترة وتم تسجيل التصرف ، خلصت ملكيته إلى المشترى ولايستطيع الدائن المرتهن أن يحتج بحقه فى مواجهته.

وإذا لم يكن الراهن قد تصرف فى العقار . ولكن قرر عليه رهناً لصالح أحد دائنيه ، فهنا أيضاً لا يترتب على ظهور القيد القديم أثر بالنسبة له لأنه تعامل مع المالك فى وقت لم يكن فيه هذا القيد قائماً .

يظهر إذن مما تقدم أن إزالة الشطب ترد إلى الدائن المرتهن مرتبته القديمة بأثر رجعى . فيسرى حقه فى مواجهة من ارتهن العقار فى تاريخ لاحق عليها وقبل شطب القيد . ولكن لا يحتج به بالنسبة إلى الدائن الذى اكتسب رهناً فى الفترة التى تقع بين شطب القيد وإزالته . ولعله من الأفق أن نستعين على إيضاح

---

(١) بودان وفواران جزء ١٤ بند ١١٩٣ .

هذا التزاحم بمثال عملي يبين طريقة تطبيق الحكم الذى أخذ به القانون .

نفرض أن «ا» دائن بمبلغ ألفين وقيد رهنه فى سنة ١٩٥٠ ، وقيد «ب» وهو دائن بثلاثة آلاف رهنه فى سنة ١٩٥١ . وشطب قيد «ا» فى سنة ١٩٥٢ ، وقيد «جـ» وهو دائن بألفين رهنه فى سنة ١٩٥٣ ، ثم أزيل شطب القيد فى سنة ١٩٥٤ . إذ تم بيع العقار بثمن قدره أربعة آلاف . يكون التوزيع على النحو الآتى :—

١ — لو أطلقنا فكرة الأثر الرجعى لإزالة الشطب لترتب على ذلك أن «ا» يحصل على مبلغ ألفين ، «ب» على ألفين أيضاً ، ولا يتبقى أى نصيب من الثمن للدائن الثالث وهو «جـ» .

٢ — ولذلك قضى القانون بالحد من الأثر الرجعى . وعدم سريانه فى مواجهة من تعامل مع المدين على أساس شطب القيد . تطبيقاً لذلك الحكم ينتزع من نصيب «ا» قدراً يماثل ما كان يحصل عليه «جـ» فى حالة عدم إزالة الشطب . فيأخذ «جـ» مبلغ ألف وهو النصيب الذى يستحقه باعتبار أن «ب» فقط هو الذى يتقدم عليه .

٣ — وهكذا يصبح التوزيع النهائى على النحو الآتى : يأخذ «ا» مبلغ ألف ، ويأخذ «ب» مبلغ ألفين ، ويختص «جـ» بمبلغ ألف . وبذلك يستقيم تطبيق القانون فلا يسىء ظهور القيد مرة أخرى إلى دائن تعامل مع المدين على أساس شطبه (١) .

---

(١) استعنا بهذا المثال البسيط لايضاح حكم القانون فقط ، على أن التطبيق العملى قد يفضى إلى بعض صعوبات حسابية لايعنينا التفصيل بشأنها فالعبرة دائماً بالحد من الأثر الرجعى لصالح الدائن الذى تعامل مع المدين باعتبار أن القيد مشطوب . ولذلك ينتزع دائماً فى التوزيع النهائى نصيبه الذى يحصل عليه من حصة الدائن الذى ظهر قيده مرة أخرى باعتبار أن هذا القيد لا يسرى فى مواجهته . انظر فى التطبيق العملى لهذا المعيار بودان وتوارات جزء ١٤ ص ٥٧٤ — عبد الفتاح عبد الباقى ص ٣٨٩ .

٦٨- الأحوال التي لا يرتب فيها القيد آثاره :

بينا فى كل ما تقدم أحكام القيد وما يترتب عليه من آثار . وينبغي الآن أن نبين الأحوال التي تتخلف فيها آثار القيد ، فلا يسرى على الغير حتى ولو تم إجراؤه .

١ - تسجيل تنبيه نزع الملكية : نصت المادة ٦١٦ من تقنين المرافعات على ما يأتى : «لا ينفذ تصرف المدين أو الحائز فى العقار ولا ما يترتب عليه من رهن أو اختصاص أو امتياز فى حق الحاجزين ولو كانوا دائنين عاديين ولا فى حق الدائنين المشار اليهم فى المادة ٦٣٧ ولا الراسى عليه المزاد إذا كان التصرف أو الرهن أو الاختصاص أو الامتياز قد حصل شهره بعد تسجيل تنبيه نزع الملكية .

ومع ذلك ينفذ التصرف أو الرهن أو الاختصاص المشار إليه إذا قام ذوو الشأن قبل اليوم المحدد للبيع بإيداع مبلغ يكفى للوفاء بأصل الديون والفوائد والمصاريف التي للحائزين والدائنين المشار إليهم ، سواء حلت ديونهم أو لم تحل ، مع إعلانهم جميعاً بالإيداع . وتكون هذه المبالغ مخصصة لوفاء ديون من ذكروا دون غيرهم من الدائنين . فإن لم يحصل الإيداع قبل إيقاع البيع فلا يجوز لأى سبب منح ميعاد للقيام به» (١) .

يستفاد من النص المتقدم أنه لا يترتب على تسجيل تنبيه نزع الملكية بطلان تصرف المدين فى العقار ، أو رهنه أو تقرير حقوق عينية أخرى عليه .

ولكن أى تصرف يعقده المدين ، ويأخذ حكمه الرهن وكافة الحقوق العينية التبعية الخاضعة للشهر ، لا يسرى فى مواجهة طائفة معينة من الأشخاص إذا لم يكن تم شهره قبل تسجيل تنبيه نزع الملكية .

---

(١) يقابلها المادة ٦١١ من مشروع توحيد قانون المرافعات فى الجمهورية العربية المتحدة . وقد بقيت على أصلها دون تعديل . وكذلك الحال بالنسبة للمادة ٦٣٧ التى يقابلها المادة ٦٣٣ من المشروع سالف الذكر .

وقد حسمت المادة ٦١٦ خلافاً قديماً حول تحديد هؤلاء الأشخاص . وينصرف حكمها إلى الدائنين الحاجزين ولو كانوا مجرد دائنين عاديين ، والدائنين المشار إليهم فى م ٦٣٧ من تقنين المرافعات ، والراسى عليه المزاد.

أما الحاجز فهو كل دائن أعلن المدين بتنبيه نزع الملكية وسجله . وأما الدائنون المشار إليهم فى م ٦٣٧ فيقصد بهم أصحاب الحقوق المقيدة قبل تسجيل التنبيه . الذين يصبحون طرفاً فى إجراءات التنفيذ بحكم القانون من اليوم الذى يتم فيه التأشير على هامش تسجيل التنبيه بحصول إخبار ذوى الشأن بإيداع قائمة شروط البيع (١) .

كذلك أيضاً لا يسرى الرهن الذى تم قيده بعد تسجيل التنبيه فى مواجهة الراسى عليه المزاد . وقد استحدث تقنين المرافعات هذا الحكم باعتبار أن تحميل العقار بحقوق جديدة يصرف الراغب فى شرائه عن الإقبال عليه ، أو فى القليل يبخس ثمنه . وبذلك أراد المشرع أن يحد من الحقوق المقررة على العقار بعدم إضافة دائنين من أصحاب الحقوق المفضلة حتى يتيسر بيعه

---

(١) يقوم مباشرة إجراءات التنفيذ بإيداع قائمة شروط البيع فى قلم كتاب محكمة التنفيذ بعد تسجيل التنبيه بمدة لا تقل عن تسعين يوما (م ٦٣٠ مرافعات) . ويتولى قلم كتاب المحكمة إعلان هذا الايداع إلى المدين وحائز العقار (إن وجد) والدائنين الذين سجلوا تنبيهاتهم والدائنين أصحاب الرهون الحيازية والرسمية وحقوق الاختصاص والامتياز الذين قيدوا حقوقهم قبل تسجيل التنبية (م ٦٣٢). ويلتزم المحضر بإخطار مكتب الشهر أنه قام بهذا الإعلان ، خلال ثمانية أيام من تاريخ حصوله ، ويقوم موظف الشهر المختص بعد الاطلاع على أصل الاعلان بالتوقيع عليه بما يفيد علمه بأن المحضر قد أخبر به ذوى الشأن . حينئذ يؤشر بذلك على هامش تسجيل تنبية نزع الملكية (م ٦٣٦). ويسمى هذا الاجراء بالتأشير بورقة الاخبار . ومنذ هذه اللحظة يعتبر جميع الدائنين المقيدة حقوقهم قبل تسجيل التنبيه ، وجميع من سجلوا تنبيهاتهم طرفا فى إجراءات التنفيذ على العقار . وهؤلاء هم الذين لا تسرى فى مواجهتهم الحقوق العينية التى يتم شهرها بعد تسجيل التنبيه .

ويراعى أن مشروع توحيد قانون المرافعات فى الجمهورية العربية المتحدة رأى عدم الابقاء على الميعاد المذكور فى المادة ٦٣٠ بشأن ايداع قائمة شروط البيع . وذلك حتى يتمكن مباشر الاجراءات من ايداع القائمة عقب تسجيل التنبيه مباشرة (م ٦٢٦ من المشروع) كما أضاف أيضا النص المقابل للمادة ٦٣٢ عبارة « الكفيل العينى ان كان » (م ٦٢٨ من المشروع) ، وذلك تمشيا مع اتجاه اليه من وجوب توجيه الاجراءات إلى الكفيل العينى .

أما المادة ٦٣٦ فبقيت على ماهى عليه ويقابلها المادة ٦٣٢ من المشروع .

بثمن مناسب . وهنا يبدو أن الحكم بعدم سريان الرهن المقيد بعد تسجيل التنبيه فى مواجهة الراسى عليه المزاد ، روعى فيه بصفة خاصة مصلحة الدائنين الذى تعلقت حقوقهم بالعقار فى فترة سابقة (١) .

على أن الأحكام المتقدمة لا ينبغى الأخذ بها على إطلاقها . ذلك أن الرهن المقيد فى تاريخ لاحق على تسجيل التنبيه يرتب آثاره إذا لم يتمسك بعدم نفاذه من تقرر ذلك لمصلحته . أو إذا انتهى أثر الحجز بسقوط تسجيل تنبيه نزع الملكية .

قرر المشرع أيضاً فى الفقرة الثانية من المادة ٦١٦ مرافعات أن الحق الذى يشهر بعد تسجيل التنبيه يجوز نفاذه إذا أودع صاحبه قبل اليوم المحدد للبيع مبلغاً يكفى لسداد ديون أصحاب الحق فى التمسك بعدم النفاذ .

وغنى عن البيان أن حق الدائن المرتهن يسرى أيضاً فى مواجهة كل من تنتفى مصلحته فى الاحتجاج بعدم سريانه . ويصدق هذا الوصف على كل دائن عادى لا يعتبر طرفاً فى إجراءات التنفيذ لعدم مساهمته فيها ، وكل دائن مزود بتأمين عينى خاص تم شهره فى تاريخ لاحق على قيد الرهن(١) .

نخلص مما سبق أن القيد لا يرتب آثاره القانونيه إذا تم بعد تسجيل تنبيه نزع ملكية العقار . ولكن هذا الحكم غير مطلق التطبيق . بل يتقيد من حيث الأشخاص ، فيقتصر عدم سريان القيد على طائفة معينة سبق بيانها . بل وفى هذا النطاق قد ينطلق أثر القيد بتنازل صاحب المصلحة ، أو باستيفاء حقه من

---

(١) أنظر المغفور له الدكتور محمد حامد فهمى فقرة ٣٤٥ . ويلاحظ فى الواقع أن المستفيد بصفة خاصة من عدم سريان الرهن هو كل دائن عادى يعتبر طرفا فى إجراءات التنفيذ لأن نفاذ الرهن يحد من فرصته فى الحصول على حقه ، باعتبار أن الدائن المرتهن يتقدم عليه فى توزيع ثمن العقار .

(٢) تنبغى الاشارة إلى أن ماعرضناه من أحكام بشأن الرهن المقيد بعد تسجيل تنبيه نزع الملكية يصدق على حق الاختصاص وحقوق الامتياز العقارية الخاصة التى تخضع للشهر . راجع محمد حامد فهمى المرجع السابق بند ٣٤٣ — أحمد أبو الوفا إجراءات التنفيذ بند ٢٩٤ .

الدائن المرتهن على الوجه المتقدم بيانه ، أو بزوال سبب المنع من السريان وذلك بسقوط تسجيل تنبيه نزع الملكية .

٢ — شهر إفلاس المدين التاجر : تنص المادة ٢٣١ تجارى فى فقرتها الأولى على ما يأتى «حقوق الامتياز والرهن العقارى المكتسبة من المفلس على الوجه المرعى قانوناً يجوز تسجيلها (قيدها) إلى يوم صدور الحكم بإشهار إفلاسه (١) » .

يستفاد من هذا النص أن الرهن الرسمى ، ويأخذ حكمه الرهن الحيازى وحق الاختصاص وحقوق الامتياز العقارية الخاصة (٢) ، الذى يقيد بعد الحكم بشهر إفلاس المدين التاجر لا ينفذ فى مواجهة جماعة الدائنين . ولا سبيل للدائن سوى أن يشترك فى التفليسة بوصفه دائناً عادياً .

اختلف فقهاء القانون التجارى فى تأصيل هذا الحكم . فذهب فريق منهم إلى القول بأنه نتيجة لغل يد المدين عن إدارة أمواله والتصرف فيها . واتجه رأى آخر إلى أن عدم سريان القيد بعد الحكم بشهر الإفلاس أساسه أن جماعة الدائنين تعتبر من الغير ، ويثبت لها ابتداء من هذا التاريخ حق عينى على جميع أموال المدين منقولة كانت أو عقارية . وبذلك لا تسرى فى مواجهتها الحقوق التى لم تشهر قبل ذلك (٣) .وأياً ما كان الأمر بشأن هذا الخلاف

---

(١) أشارت إلى هذا الحكم المادة ١٠٥٣ من التقنين التى تقرر أن الرهن لا يكون نافذاً فى حق الغير إلا إذا قيد العقد أو الحكم المثبت للرهن قبل أن يكسب هذا الغير حقاً عينياً على العقار ، وذلك دون إخلال بالأحكام المقررة فى الافلاس .

(٢) أنظر دراستنا التالية لحقوق الامتياز العقارية الخاصة فى الباب المخصص لها .

(٣) راجع محسن شفيق القانون التجارى المصرى الجزء الثانى فى الافلاس الطبعة الأولى سنة ١٩٥١ بند ٢٨١ وما بعده — مصطفى كمال طه مذكرات فى الافلاس ١٩٥٥ (ألقيت على طلبة كلية الحقوق بجامعة الاسكندرية) ص ١٠٠ .

فحكم القانون صريح فى عدم سريان الرهن الذى يتم قيده فى تاريخ لاحق على الحكم بشهر إفلاس المدين التاجر (١) .

٣ — الطعن فى سند ملكية الراهن بالدعوى البوليصية : تتناول هذه الحالة الفرض الذى يتلقى فيه شخص ملكية العقار بمقتضى تصرف قانونى يطعن فيه أحد دائنى المتصرف بالدعوى البوليصية ؛ وهى دعوى عدم نفاذ التصرفات . ويدور البحث حول أثر هذه الدعوى على الرهن الذى يقرره المتصرف إليه (وهو الراهن) لصالح أحد دائنيه .

يستفاد من المادة ١٥ فى قانون تنظيم الشهر العقارى وجوب التأشير فى هامش سجل المحررات واجبة الشهر بما يقدم ضدها من الدعاوى التى يكون الغرض منها الطعن فى التصرف الذى يتضمنه المحرر وجوداً أو صحة أو نفاذا(٢). وتضيف المادة ١٧ من القانون المذكور أنه يترتب على هذا التأشير أن حق المدعى إذا تقرر بحكم مؤشر به طبق القانون ، يكون حجة على من ترتبت لهم حقوق عينية ابتداء من تاريخ التأشير ، ولا يكون هذا الحق حجة على الغير الذى كسب حقه بحسن نية قبل هذا التاريخ .

---

(١) وأضاف المشرع فى الفقرة الثانية من المادة ٢٣١ تجارى أنه يجوز أيضا عدم سريان القيود التى تتم خلال فترة الريبة أو فى الأيام العشرة التى تسبقها إذا مضت مدة تتجاوز خمسة عشر يوما بين تاريخ انعقاد الرهن وتاريخ إجراء القيد . ويضاف اليها ميعاد مسافة بين مكان العقد ومكان مكتب الشهر العقارى المختص بالقيد (وهو الذى يقع العقار فى دائرة اختصاصه) .

علة هذا الحكم هى خشية المشرع من اتفاق المدين مع الدائن المرتهن خلال فترة الريبة أو فى الأيام السابقة عليها على تأجيل إجراء القيد ، حتى لا يعلم الغير بالرهن فيضعف ذلك من ائتمان المدين ويحط من مركزه المالى . ولهذا أجاز حرمان الدائن الذى يتراخى فى إجراء القيد من سريان حقه فى مواجهة جماعة الدائنين . على أن ذلك الجزاء اختيارى ، متروك أمر تقديره القاضى .

(٢) علقت المذكرة الايضاحية لقانون تنظيم الشهر العقارى على هذه المادة بقولها إن « النص الجديد وضع صياغة جامعة لدعاوى الطعن فى التصرفات ، فأوجبت شهر جميع الدعاوى التى يكون الغرض منها الطعن فى التصرف الذى يتضمنه المحرر وجوداً أو صحة أو نفاذاً . ومن شأن هذه الصيغة العامة أن يدخل فى مدلولها دعاوى عدم نفاذ التصرفات المعروفة باسم الدعاوى البوليصية أنظر بند ٢٤ من هذه المذكرة .

يتضمن الحكم المتقدم بيان مركز الدائن المرتهن للعقار . والعبرة فى هـذا الشأن بتاريخ التأشير بالدعوى البوليصية على هامش المحرر المسجل الذى بمقتضاه اكتسب الراهن ملكية العقار المرهون .

إذا تقرر الرهن فى تاريخ لاحق على هذا التأشير . فهنا لا يسرى حق الدائن المرتهن فى مواجهة دائن المتصرف إذا نجح هذا الأخير فى دعواه وقضى له بعدم نفاذ التصرف الذى أكسب الراهن ملكية العقار المرهون . ويترتب على ذلك أن قيد الرهن فى هذه الحالة لا ينتج أثره . وليس فى هذا الحكم إجحاف بحق الدائن المرتهن ، إذ كان فى وسعه أن يعلم بقيام الدعوى البوليصية بالاطلاع على هامش تسجيل المحرر وهو احتياط مألوف يتخذه كل دائن للاطمئنان على خلو سند ملكية الراهن مما قد يهدده من أخطار .

أما إذا كان الرهن مقرراً فى تاريخ سابق على إجراء التأشير بالدعـــوى البوليصية على النحو المتقدم ، فهنا يخضع مركز الدائن المرتهن للقواعد العامة التى وردت فى الفقرة الثانية من المادة ٢٣٨ من التقنين المدنى ، فلا تسرى عليه آثار هذه الدعوى إذا توافر لديه حسن النية (١) .

إذا ما استثنينا الحالات المتقدمة ، أمكن القول بأن القيد تنطلق آثاره فى

(١) فى هذا الشأن تنبغى التفرقة بين فرضين . إذا كان الراهن اكتسب ملكية العقار بطريق المعاوضة ، فيجب على دائن المتصرف أن يثبت علم الدائن المرتهن بأمرين ١ – غش المدين ويكفى بشأنه أن يتصرف وهو على بينة من إعساره ٢ – علم الراهن بهذا الغش . أما إذا كان الراهن قد تلقى ملكية العقار على سبيل التبرع ، فهنا لا يكلف الدائن رافع الدعوى بإثبات غش المتصرف أو علم الراهن بذلك . وإنما يجب عليه ، حتى ينجح فى دعواه فى مواجهة الدائن المرتهن أن يثبت علم هذا الأخير باعسار المدين (وهو من تبرع بالعقار إلى الراهن) ، وهو أمر عسير الاثبات فى العمل . راجع فى تفصيل شروط الدعوى البوليصية بالنسبة إلى المتصرف اليه الأول وهو خلف المدين ، والمتصرف إليه الثانى وهو الخلف خلف ، السنهورى الوسيط الجزء الثانى بند ٥٩١ وما بعده – اسماعيل غانم فى أحكام الالتزام بند ١١٢ وما بعده .

مواجهة الغير (١) . ولا يحول دون ذلك ثمت حالات أخرى أثارت الجدل بين الفقهاء .

حالات خلافية بشأن سريان آثار القيد : ذهب جانب من الفقه المصرى الى أن القيد لاينتج آثاره إذا أجرى فى تاريخ لاحق على تسجيل صحيفة دعوى اعسار المدين غير التاجر ، أو اذا وقع بعد وفاة الراهن . وفى تقديرنا أن كلتا الحالتين لا يترتب عليهما تعطيل آثار القيد ، وذلك على النحو الذى سنبينه فيما يلى :

١ - اعسار المدين غير التاجر : أجاز التقنين المدنى الجديد شهر اعسار المدين غير التاجر اذا كانت أمواله لاتكفى لوفاء ديونه مستحقة الأداء . وقضت المادة ٢٥٧ بأن تسجيل صحيفة دعوى الإعسار يترتب عليه عدم الاحتجاج على الدائنين بأى تصرف للمدين يكون من شأنه إنقاص حقوقه أو زيادة التزاماته ، وكذلك أى وفاء يقوم به لصالح أحد الدائنين . كما قررت المادة ٢٥٦ فى فقرتها الثانية عدم سريان أى اختصاص يقع على عقارات المدين بعد تسجيل صحيفة دعوى الإعسار ، وذلك فى مواجهة كل دائن ثبت حقه قبل هذا التاريخ .

---

(١) نشير ايضا إلى المادة ٩٤٧ مدنى التى تقضى بأنه لايسرى فى حق الشفيع أى رهن رسمى أو أى حق اختصاص أخذ ضد المشترى ولا أى بيع صدر من المشترى ولا أى حق عينى رتبه أو ترتب ضده إذا كان ذلك قد تم بعد التاريخ الذى سجل فيه إعلان الرغبة فى الشفعة . ويبقى مع ذلك للدائنين المقيدين ما كان لهم من حقوق الأولوية فيما آل للمشترى من ثمن العقار » .

ويستفاد من نص هذه المادة أن الرهن الذى يتقرر لدائن المشترى ، أو أى حق عينى تبعى آخر كاختصاص أو امتياز ، لاينفذ فى حق الشفيع ما دام لم يتم شهره قبل تسجيل اعلان الرغبه . وبذلك ينتقل العقار للشفيع محرراً من أى حق من الحقوق المتقدمة إذا ما حكم له بالشفعه .

على أنه يلاحظ أن المشترى إذا كان قد دفع الثمن للبائع ، فإن الشفيع يلتزم بأداء هذا الثمن للمشترى . وفى هذه الحالة يكون للدائن الذى قيد حقه بعد تسجيل اعلان الرغبة الأفضلية على الثمن ، ويستعين الفقه السائد فى تأصيل هذا الحكم بنظرية الحلول العينى .

على أننا نؤثر إعمال فكرة المضمون الواسع لحق الأفضلية ، ومقتضاه أن الدائن يباشر حقه على كل مقابل نقدى للعقار . راجع فى بيان هذا الاتجاه اسماعيل غانم فى رسالته عن الذمة المالية فقرة ٥٤ ، مذكرات فى الحقوق العينية الأصلية جـ ٢ ص ٨٧ - وانظر فى تأييده ماتقدم فى هذا الكتاب فقرة ٣٢ ، حسن كيره الحقوق العينية الأصلية جـ ١ ص ١٣٥ وما بعدها .

ذهب بعض الفقه المصرى إلى أن الرهن لا يختلف عن الاختصاص فى هذا الشأن . وعلى ذلك يمكن القول إن قيد الرهن بعد تسجيل صحيفة دعوى الإعسار لا ينفذ فى حق الدائنين الذين ترتد حقوقهم إلى تاريخ سابق على هذا التسجيل(١).

وفى تقديرنا أن هذا الاتجاه محل نظر . فالواقع أن نظام الإعسار المدنى يرمى إلى تطبيق قاعدة المساواة بين الدائنين على نحو كامل مأمون . وقد قدر المشرع ، تحقيقاً لتلك الغاية ، وجوب إخضاع المدين الذى تعثرت حالته المالية لتنظيم قانونى يحكم السعى نحو أمواله . وبذلك يتفادى استئثار أحد الدائنين بما تبقى من أموال لمجرد يقظته وتربصه لمدينه . إذ يكفل نظام الإعسار المدنى الإعلان عن حالة المدين المالية . حينئذ يدرك كل دائن ما يهدد حقه من أخطار ، فيبادر باستيفائه ، على قدم المساواة مع سائر الدائنين ، مما تبقى لدى المدين من أموال .

ولما كان هذا هو هدف الإعسار المدنى ، فقد حرص المشرع على إيقاف سريان كل اختصاص يتقرر لصالح أحد الدائنين على عقارات المدين بعد تسجيل صحيفة دعوى الإعسار . لأن إطلاق أثره يهيئ للدائن المزود بحكم واجب التنفيذ أن يتقدم على زملائه فى فترة أراد القانون أن يمنع فيها كل إخلال بقاعدة المساواة . وبعبارة أخرى فالحكم الوارد بالنسبة إلى حق الاختصاص هو أمر لازم لتحقيق الهدف من نظام الإعسار المدنى . والقول بغير ذلك يغرى كل دائن مزود بحكم واجب التنفيذ بالمبادرة إلى استصدار أمر اختصاص وإجراء قيده (٢) . وعلى هذا النحو يفلت من قاعدة المساواة ، التى تقرر نظام الإعسار المدنى ليكفل لها تطبيقاً مأموناً .

---

(١) أنظر فى هذا المعنى سليمان مرقس بند ١٠٣ — شفيق شحاته بند ٢٣٦ — محمد على إمام ص ٣٩٥ .

(٢) ويلاحظ فى هذا الشأن أنه يشترط لتقرير حق الاختصاص أن يكون الدائن مزوداً بحكم واجب التنفيذ (م ١٠٨٥ مدنى) . ولو سلمنا بسريان حق الاختصاص ، لترتب على ذلك تمكين الدائن المزود بهذا السند من التقدم على الدائنين الآخرين الذين لم تتح لهم الظروف الحصول على أحكام واجبة التنفيذ . راجع السنهورى الجزء الثانى بند ٧١٤ .

فإذا سلمنا بأن تلك هى الغاية من عدم سريان الاختصاص ، وجب القول بأن هذا الحكم لا يصدق على الرهن الذى تقرر بعقد رسمى قبل تسجيل صحيفة دعوى الإعسار . ذلك أن القيد مجرد إجراء لسريان الرهن فى مواجهة الغير (١) . وما دام أن الرهن فى ذاته قد تقرر فى فترة كان المدين فيها حراً فى نشاطه القانونى ، وجب القول ببقائه ، وبإطلاق آثار قيده فى مواجهة الدائنين ، حتى ولو تم ذلك بعد تسجيل صحيفة دعوى الإعسار (٢) .

على أن القول المتقدم لا يصدق على رهن نشأ فى تاريخ لاحق على هذا التسجيل . إذ يخضع هذا التصرف لرقابة القانون ، لأن فى تقريره على هذا النحو إيثار لدائن على آخر فى فترة حرص فيها المشرع على عدم الإخلال بقاعدة المساواة بين الدائنين (٣) .

٢ - وفاة الراهن: يقرر جانب من الفقه أن قيد الرهن بعد وفاة الراهن لا ينفذ فى مواجهة باقى الدائنين ، ولا يخول لصاحبه أن يتقدم عليهم فى استيفاء حقه من ثمن العقار . وذلك بحجة أن الدائن الذى لم يقيد حقه يكون شأنه شأن

---

(١) مما هو جدير بالذكر أن اتجاه جانب من الفقه إلى أن مصدر الحق العينى هو واقعة القيد وليس عقد الرهن فى ذاته يؤدى إلى نتائج مختلفة فى هذا الصدد . إذا لو سلمنا بأن القيد هو الذى ينشىء الحق لأفضى ذلك إلى أنه لا يجوز قيد الراهن بعد تسجيل صحيفة دعوى الاعسار باعتبار أن المدين لا يستطيع أن ينشىء حقاً يحقق به أفضلية لأحد الدائنين على غيره . أما الرأى الذى نأخذ به مع الفقه الغالب ، فهو أن حق الدائن المرتهن يتقرر بمجرد التعاقد الذى استوفى شروطه . وبذلك يمكن القول بأن تسجيل صحيفة دعوى الاعسار لا يحول دون قيد هذا الحق ، راجع فى نقد الفقه المتقدم ما سبق بيانه ص ١٧٩ هامش ١

(٢) على أن هذا لا يمنع أحد الدائنين من الطعن فى هذا الرهن بعدم النفاذ عن طريق الدعوى البوليصية إذا ما توافرت شروطها .

(٣) فى هذا المعنى الذى فصلناه فى المتن عبد الفتاح عبد الباقى ص ٣٦٦ هامش ١ . جمال الدين زكى دروس فى التأمينات الشخصية والعينية ص ٢٧٨ .

الدائنين العاديين ، ولا يجوز أن يتميز عنهم بسبب لاحق على الوفاة .(١)

ويؤخذ على هذا الرأى أنه ينكر الأثر القانونى الهام الذى يترتب على عقد الرهن (٢) . إذ يتقرر للدائن بمقتضاه حق عينى على العقار . ولا ينقص هذا الحق حتى يسرى فى موجهة الغير إلا أن يتم قيده .

والأصل أن الراهن يلتزم بتيسير إجراء هذا القيد ، فإن امتنع عن ذلك جاز للدائن أن يباشره بنفسه إن أمكن ذلك ، وأن يستعين بالقضاء فى الأحوال التى يلزم فيها تدخل الراهن .

هذا الالتزام ينتقل بأكمله إلى ورثة الراهن بعد وفاته . ومن ثم يستمر حق الدائن المرتهن قائماً على العقار ، ويحق له أن يطالب بقيده . فإذا تم ذلك وجب القول بسريان هذا القيد فى مواجهة جميع دائنى المورث .

٦٨ - مكرر أثر الغش على الاسبقية فى القيد (٣) :

يجوز لمالك العقار أن يقرر عليه أكثر من رهن واحد لصالح عدة دائنين . والقاعدة العامة التى تحكم التزاحم بينهم هى أن العبرة بالأسبقية فى القيد . فيتقدم الدائن المرتهن الذى بادر بشهر حقه على الدائن المتخلف عنه فى مرتبة القيد . ولا يحرم الدائن المرتهن من المرتبة المتقدمة لمجرد علمه بأن مالك العقار قد رهنه من قبل لدائن آخر ، مادام هذا الرهن لم يتم شهره وفقاً للقانون . ذلك أن العلم الفعلى بالحقوق العينية التى سبق تقريرها على العقار لايعتد به . وإنما العبرة فقط بالعلم القانونى ، وهو لا يتوافر إلا باجراء الشهر .

ولكن الصعوبة تعرض حينما يتواطؤ الراهن مع الدائن المرتهن الثانى لحرمان الدائن الأول من مزية الرهن الذى اكتسبه . وقد يتوافر ذلك مثلا إذا أهمل الراهن أو وضع العقبات فى سبيل قيد الرهن الأول ، ثم قام بتقرير رهن آخر

(١) فى هذا المعنى سليمان مرقس بند ١٠٤ ويسند رأيه أيضاً بأن التقنين المدنى قد وضع نظاما اختياريا لتصفية التركات يؤدى إلى سداد ديون المتوفى ، ويحقق بذلك المساواة التامة بين دائنى المورث العاديين — ويؤيد نفس الرأى شفيق شحاته بند ٢٣٧ — جمال الدين زكى ص ٢٩٦ . محمد على أمام المرجع السابق ص ٢٩٦ .

(٢) انظر عبد الفتاح عبد الباقى ص ٣٦٧ وهامش ١

(٣) راجع بصفة خاصة فى هذا الموضوع جوزيه فيدال « النظرية العامة فى الغش فى القانون الفرنسى » رسالة من تولوز نشرت بباريس سنة ١٩٥٧ ص ٢٢١ وما بعدها .

لصالح الدائن الثانى . وبادر بتيسير إجراء القيد حتى يكتسب هذا الأخير أولوية على الدائن الأول . ويكون هذا التعجيل عادة نتيجة تواطؤ بين الراهن والدائن الثانى . ومن هنا يثور البحث فى أثر الغش على الأسبقية فى القيد .

وقد استقر قضاء محكمة النقض الفرنسية منذ زمن بعيد على إعمال مبدأ أن الغش يفسد كل أمر . وبذلك قضت بإهدار أثر القيد إذا تم نتيجة تواطؤ الراهن مع الدائن المرتهن الثانى ، إضرارا بحق الدائن المرتهن الذى لم يشهر حقه بعد(١)

ونميل إلى تأييد هذا الاتجاه فى مطاردة الغش . بل إننا نتجه فى هذا الصدد إلى وجوب الاعتداد بمبدأ أن الغش يفسد كل أمر على أوسع نطاق ، حتى ولو لم يرد بشأنه نص فى القانون(٢) . فهو يعتبر من المبادئ العامة التى تحكم التنظيم القانونى فى الجماعة (٣) .

وقد بذل الفقه الفرنسي جهداً مشكوراً فى إعلاء شأن هذه المبادئ العامة ، وتبرير سموها على القواعد القانونية الوضعية التى تتضمنها النصوص (٤) .

---

(١) حكم دائرة العرائض فى ٢٢ يناير سنة ١٨٦٨ منشور فى داللوز نفس السنة ص ١٦٧ مشار اليه فى رسالة فيدال المرجع السابق ص ٢٢٦ ، ٢٩٣ .

(٢) انظر حكم محكمة النقض المصرية فى ٩ فبراير سنة ١٩٥٦ مجموعة المكتب الفنى السنة السابعة رقم ٢٣ ص ١٦٨ . وقد جاء فيه أن « قاعدة الغش يبطل التصرفات هى قاعدة قانونية سليمة ولو لم يجربها نص خاص فى القانون . وتقوم على اعتبارات خلقية واجتماعية فى محاربة الغش والخديعة والاحتيال وعدم الانحراف عن جادة حسن النية الواجب توافرها فى المعاقدات والتصرفات والاجراءات عموما صيانة لمصلحة الأفراد والجماعات » .

(٣) مارتى ورينو « القانون المدنى » ج ١ فقرة ١٢٦ — جورج ريبير القوى الخالقة للقانون ص ٣٤٥ .

(٤) انظر فى تفصيل ذلك جان بولانجيه « المبادىء العامة فى القانون والقانون الوضعى » منشور فى مجموعة الدراسات المهداة لجورج ريبير ص ٥١ وما بعدها ، وكذلك التقرير الذى تقدم به إلى أعمال الاسبوع الدولى للقانون باريس سنة ١٩٥٤ ص ٣٥٠ بصفة خاصة — وتقرير روبييه فى أعمال هذا الا سبوع ايضا ص ١٧١ .

ولنا فى موضوع الغش بصفة عامة وأثره على التسجيل بحث مفصل أعد النشر بمجلة الحقوق بالاسكندرية .

والواقع أن الإعراض عن مطاردة الغش يغرى الأفراد بتجريد القاعدة القانونية من آثارها . وكثيراً ما يعجز جزاء القاعدة القانونية المقرر بالنص . عن كفالة احترام قواعد السلوك الآمرة . وعندئذ يمكن لمبدأ أن الغش يفسد كل أمر ، سد هذه الثغره . فيتوعد بالجزاء كل من يستخف بقاعدة معينة ، ويستر هذا الاستخفاف باستخدام وسيلة فعالة لتحقيق مأربه .

والجزاء المقرر فى النصوص فى الصورة التى نعرض لها . هو تمكين الدائن المرتهن الأول من المطالبة بسقوط الأجل ، وذلك باعتبار أن تواطؤ الراهن مع الدائن الثانى والمبادرة بالقيد ، ترتب عليه إضعاف التأمين الذى اكتسبه الدائن الأول .

ولكن هذا الجزاء لايحقق مصلحة الدائن . فلعله يفضل بقاء الأجل وعدم استيفاء حقه إلا فى الأجل المحدد للوفاء . ومن هنا تظهر مصلحته فى صيانة الرهن والاحتفاظ له بمرتبة يسبق بها الدائن المرتهن الثانى الذى تقدم عليه نتيجة لتواطئه مع الراهن . ولا يتيسر تحقيق هذه النتيجة إلا بتطبيق عام لمبدأ أن الغش يفسد كل أمر .

الفصل الثاني

آثار الرهن الرسمى

٦٩ - تقسيم :

يكتسب الدائن المرتهن بمجرد انعقاد الرهن حقاً عينياً على العقار المرهون. فإذا أجرى قيد هذا الحق ، جاز له أن يستوفى دينه مفضلا على الدائنين العاديين والدائنين التالين فى المرتبة . وهو يباشر تلك الأفضلية حتى ولو انتقلت ملكية العقار إلى شخص آخر ، وهذا هو ما يعبر عنه بالتتبع .

دراسة آثار الرهن تقتضى تحديد مركز الدائن المرتهن خلال مرحلتين. تتميز الأولى بطابع سلمى : إذ يتربص خلالها انتظاراً لحلول أجل الوفاء بدينه. فيقنع بالحق العينى الذى اكتسبه ، ولكنه يرد المدين عن كل عمل من شأنه إنقاص قيمة العقار المرهون .

فإذا قام المدين بوفاء الدين عند حلول أجله ، انقضى الرهن لتخلف الغاية من بقائه. أما إذا أحجم عن هذا الوفاء، فهنا تبدأ مرحلة عدائية تظهر فيها الآثار الأساسية للرهن . إذ يستعين الدائن المرتهن بالوسائل التى هيأها له القانون للتنفيذ على العقار ، واستيفاء دينه من ثمنه . ولا يعوق هذا التنفيذ أن تكون ملكية العقار قد انتقلت إلى الغير ، لأن الرهن يخول له التتبع .

على ضوء ما تقدم تتحدد آثار الرهن . فهى تقتضى أولا أن ننظر فى علاقة الدائن المرتهن بالراهن خلال الفترة السلمية . ثم نعالج مضمون حق الدائن إذا اضطر إلى التنفيذ على العقار . وفى هذا الشأن نفرد بحثاً لدراسة الأفضلية ، ونخصص بحثاً أخيراً لبيان التتبع .

وبذلك ينقسم هذا الفصل إلى المباحث الآتية :

المبحث الأول فى علاقة الدائن المرتهن بالراهن .

المبحث الثانى فى الأفضليـــة .

المبحث الثالث فى التتبـــع .

المبحث الأول

علاقة الدائن المرتهن بالراهن

٧٠ - الفترة السلمية التي تسبق التنفيذ على العقار :

نفترض فى نطاق هذا البحث أن الرهن الرسمى يجتاز مرحلة هادئة لايلجأ فيها الدائن إلى التنفيذ على العقار المرهون ، لأن دينه لم يستحق أجل الوفاء به . والأصل فى هذه المرحلة أنها تتميز بطابع سلمى ، ذلك أن الأمور لو سارت فى مجراها الطبيعي ، فعلى المدين أن يؤدى ما يستحق عليه من فوائد ، إذا كان المدين يغل فوائد قانونية أو اتفاقية .

ولكن قد تعرض بعض الآثار فتدفع الدائن المرتهن إلى الحركة ، وذلك إذا أتى المدين أعمالا تهدد قيمة العقار بالنقصان .

٧١ - أثر حق الدائن المرتهن على سلطات مالك العقار المرهون :

القاعدة العامة خلال هذه الفترة السلمية أن مالك العقار المرهون يظل متمتعاً بكافة السلطات التى يخولها حق الملكية (١) . فالرهن الرسمى ، وهذه خصيصة تباعد بينه وبين الرهن الحيازى ، لايجرد الراهن من حيازة العقار المرهون . بل يبقى العقار فى حيازته ، ويجوز له مباشرة كافة سلطات المالك بما تتضمن من استعمال واستغلال وتصرف . ولعل هذه الخصيصة هى التى جعلت الرهن الرسمى يحتل المكان الأول بين التأمينات العقارية الخاصة .

على أن هذه القاعدة يرد عليها بعض قيود . وهى قيود أساسها تعلق حق الدائن المرتهن بالعقار المرهون ، وقوامها أن الراهن فى مباشرته لسلطات

---

(١) أنظر مقال الدكتور وديع فرج « أثر الرهن الرسمى فى حقوق مالك العقار المرهون » مجلة القانون والاقتصاد السنة السابعة العدد الثانى ص ١٧٧ .

المالكية يمتنع عليه القيام بأى فعل مادي أو عمل قانونى من شأنه إضعاف قيمة التأمين ، وهو التزام يقع على عاتق الراهن ، سواء كان هو المدين أو كان مجرد كفيل عينى .

٧٢ - التزام الراهن بضمان سلامة الرهن - حكم هلاك العقار أو تلفه :

يلتزم الراهن بموجب نص المادة ١٠٤٧ بضمان سلامة الرهن . وعلى هذا النحو لا يجوز له القيام بأى عمل مادى أو قانونى يترتب عليه انقاص الضمان انقاصاً كبيراً (١) .

وأساس هذا الالتزام أن الراهن يحتفظ بحيازة العقار المرهون ، ويباشر عليه كافة السلطات التى يكفلها مضمون حق الملكية . ولذا يجب الحد من نشاطه فى الحدود التى يتعارض فيها هذا النشاط مع الضمان الخاص المقرر للدائن المرتهن (٢)

وقد حرص المشرع على إحاطة حق الدائن المرتهن بضمانات قوية وأجاز له استباق الأحداث وتفادى وقوع المحظور إن تيسر ذلك . فإذا وقعت أعمال تتأدى بالعقار إلى الهلاك أو التلف ، أو فى القليل تجعله غير كاف للضمان ، يجوز للدائن أن يبادر بالالتجاء إلى القاضى يسأله إيقاف هذه الأعمال ، واتخاذ كافة ما يلزم من وسائل لتوقى وقوع المحظور . والقاضى يتمتع بسلطة تقدير مطلق فى الاستخلاص من الوقائع إذا ما كان عمل الراهن يعرض العقار لخطر الهلاك أو التلف ، أو يفضى إلى عدم كفاية الضمان (م١٠٤٨ مدنى الفقرة الثالثة) (٣) .

---

(١) أنظر مناقشات لجنة القانون المدنى بمجلس الشيوخ - الأعمال التحضيرية جـ٧ وقد أضافت إلى المادة ١٠٤٧ عبارة انقاص الضمان « انقاصاً كبيراً » وذلك أن الاقتصار على مجرد النقص فى الضمان ، قد يعرض المدين إلى التدخل المتصل من الدائن المرتهن ، وفى ذلك إرهاق وإعنات له .

(٢) وديع فرج المقال المشار اليه ص ١٧٨ .

(٣) يبدو لنا أن معيار عدم كفاية الضمان هو الذى يجب الاعتداد به فى رقابة القضاء على أعمال الراهن . ولا يجوز الوقوف عند المعنى الحر فى لعبارة انقاص الضمان انقاصا كبيرا التى وردت فى المادة ١٠٤٧ . بل إن أى عمل يفضى إلى عدم كفاية الضمان ، هو فى الواقع من قبيل الأعمال التى يترتب عليها انقاص التأمين انقاصا كبيراً .
وهو المعنى الذى يفهم ايضا من نص المادة ٣/٢٧٣ . فهى تسقط الاجل اذا أضعف المدين بفعله إلى حد كبير ما أعطى الدائن من تأمين خاص . وقد ذكر صراحة أمام لجنة المراجعة عند عرض المشروع التمهيدى أن المقصود بذلك أن يكون التأمين قد ضعف إلى حد أن أصبح أقل من قيمة الدين . مجموعة الاعمال التحضيرية جـ ٣ ص ٣٢ .

وإذا أخل الراهن بالتزام ضمان سلامة الرهن ، فإننا نجد فى نص المادة ١٠٤٨ تطبيقاً تشريعياً لحكم القواعد العامة التى جاءت فى المادة ٢٧٣ بخصوص سقوط الأجل فى حالة إضعاف التأمينات بصفة عامة .

فاذا كان الهلاك أو التلف نتيجة خطأ الراهن . فللدائن المرتهن الخيار بين التمسك بسقوط الأجل واستيفاء حقه فوراً ، وبين اقتضاء تأمين كاف لو كان حريصاً على استيفاء دينه فى الأجل المتفق عليه فى الوفاء (١) .

وأما إذا جاء الهلاك أو وقع التلف بسبب أجنبى ، فهنا قد يرتضى الدائن الإبقاء على الالتزام بأجله وذلك دون تأمين يكفله . فإن لم يقبل هذا الوضع ، فهنا يتاح الخيار للمدين ، وخلافاً للفرض السابق ، بين أن يقدم تأميناً كافياً يعوض الدائن ما ضاع عليه من تلف العقار المرهون أو هلاكه (٢) ، وبين أن يوفى الدين فوراً قبل حلول الأجل (٣) . وإن اختار المدين الأداء الفورى ولم يكن للدين فوائد ، فهنا ينقص من أصل الدين مبلغاً معادلاً للفوائد بالسعر القانونى عن المدة التى تقع بين تاريخ الوفاء الفعلى ، والتاريخ المحدد أصلاً للوفاء

---

(١) ويرى استاذنا السنهورى أن التزام المدين فى هذه الحالة يكون تخييريا الخيار فيه للدائن. فإن الدائن يكون بالخيار إما أن يطالب المدين بالدين فوراً لسقوط الأجل ، وإما أن يطالب بتقديم تأمين كاف (الوسيط جـ ٢ ص ١١٨) . قارن اسماعيل غانم فى أحكام الالتزام الطبعة الأولى فقرة ١٧٢ ص ٢٤٤ هامش ٣ ، حيث يذهب إلى أن محل الالتزام يظل واحدا ، وهو الأداء الذى التزم به المدين اصلا . أما التزامه بتقديمه تأمين فهو التزام آخر تابع للالتزام الأول .

(٢) يلاحظ فى هذا الشأن أن المادة ١٠٤٨ لا تميز بين حالتى هلاك العقار أو تلفه بفعل المدين أو لسبب أجنبى . فى الحالتين يلتزم المدين فقط بتقديم تأمين كاف . أما حكم القواعد العامة فى المادة ٢٧٣ ، فيقتضى فى حالة إضعاف التأمينات بفعل المدين أن يقوم بتكملة التأمين الاصلى كما كان ولو كانت قيمة هذا التأمين أعلى بكثير من الدين . بينما يقتصر فى صورة ضعف التأمينات بسبب أجنبى على إلزام المدين بتقديم تأمين كاف ، حتى ولو كان أقل فى قيمته من التأمين الهالك أو التالف السنهورى المرجع السابق ص ١٢٠ هامش ١

(٣) ونكون فى هذه الحالة ازاء التزام تخييرى يكون الخيار فيه للمدين عند اصحاب الرأى القائل بفكرة الالتزام التخييرى – السنهورى المرجع السابق ص ١١٩ .

من كل ماتقدم نستطيع أن نقرر مبدأين : على ضوئهما نتأمل فى العلاقة بين الدائن المرتهن والراهن خلال الفترة السلمية التى تسبق التنفيذ على العقار . المبدأ الأول أساسه أن الراهن يظل متمتعاً بكافة ما يتضمن حق الملكية من سلطات. والمبدأ الثانى ، وهو يحد من الأول ، قوامه أن الراهن يمتنع عليه إتيان أى فعل مادى أو إبرام أى تصرف قانونى من شأنه إضعاف قيمة التأمين أو الانتقاص منه . وبعبارة أخرى يلتزم بالمحافظة على العقار المرهون وملحقاته . فإن أخل بهذا الالتزام ، أجيز للدائن علاوة على حقه فى سقوط الأجل أن يعترض على كل عمل أو تقصير من المدين ، وله فى هذا السبيل اتخاذ ما يلزم من وسائل تحفظية ، ومطالبة القاضى بوقف الأعمال التى تضر بحقه .

نحاول الآن أن نبين إلى أى مدى تتأثر القاعدة التى وردت فى المبدأ الأول بالقيود المقررة فى المبدأ الثانى ، وذلك بتطبيقها على حق المالك فى استعمال العقار المرهون ، واستغلاله ، والتصرف فيه .

المطلب الأول

سلطة الراهن فى استعمال العقار المرهون

٧٣ – حق الدائن المرتهن يحد من اطلاق حرية المالك فى استعمال العقار المرهون :

الرهن الرسمى لا يحرم الراهن من استعمال العقار المرهون . فهويستطيع أن يستخدمه فيما هو قابل له . فيجوز أن يسكنه إذا كان من المبانى ، وأن يزرعه إن كان أرضاً زراعية (١)، وله أن يتصرف فى ثمار هذا الزرع تصرفاً مادياً

---

(١) لا يعد اضعافا للضمان أن يزرع الراهن قطنا مرة كل سنتين مخالفاً بذلك ما جرت به العادة من زرعهــا مرة كل ثلاثة سنوات وبخاصة اذا كانت قيمة الارض تغطى الدين إلى مدى بعيد . استئناف مختلط فى ٢ يونيه سنة ١٨٩٧ م ص ٣٧٧ ، أشار اليها الاستاذ السنهورى فى الوسيط ج ٢ ص ١١٦ هامش ٤ .

أو قانونياً . ذلك أن الثمار كما قدمنا لا تعتبر من ملحقات العقار المرهون إلا من وقت تسجيل تنبيه نزع الملكية (١) .

الأصل إذن أن حرية الراهن تظل قائمة فى استعمال العقار ، والاستفادة المباشرة مما يؤديه من خدمات . على أن هذا الاستعمال مقيد بمبدأ هام هو عدم الإضرار بالدائن المرتهن . وذلك بالانتقاص من قيمة العقار أو إضعافها .

على هذا النحو لا يحق للراهن أن يهدم البناء المشيد على الأرض المرهونة . فيستطيع الدائن أن يتدخل لمنع هذه الأعمال ، وله عند الضرورة المطالبة بتعيين حارس على العقار . هذا هو ما يستفاد من المبدأ المقرر فى المادة ١٠٤٧ من التقنين المدنى ، والفقرة الثالثة من المادة ١٠٤٨ . وغنى عن البيان أن الهدم إذا قصد به إقامة بناء جديد ، فهو لا يتضمن معنى انقاص التأمين ، وبالتالى لا يجوز للدائن المرتهن أن يعترض عليه .

تطبيقاً لهذا القيد الوارد على حرية المالك فى استعمال العقار ، يمكن القول أيضاً بامتداد ذلك القيد إلى حريته فى عدم ممارسة هذه السلطة . فاذا امتنع عن استعمال ملكه على نحو يعرض العقار للتخريب أو التلف ، أو يهدده بالهلاك ، جاز للدائن المرتهن أن يفرض رقابته فيرد المدين عن اتخاذ هذا الموقف السلبى ، أو يستعين على إصراره بتعيين حارس يحافظ على كيان العقار . وليس فى هذا كله سوى تعبير صادق عن تقييد سلطة المالك بوجود حق الدائن المرتهن (٢).

---

(١) ويلاحظ فى هذا الشأن أن استعمال الأرض الزراعية عن طريق زراعتها والتصرف فى ثمارها لا يصدق عليه وصف الاستعمال بمعناه الدقيق ، بل يدخل فى سلطة الاستغلال . والأمر يدق عموما بشأن التفرقة بين سلطتى الاستعمال والاستغلال . والمعيار الراجح هى أن الاستعمال يقصد به استخدام الشىء فيما يصلح له ، والحصول من وراء ذلك على الخدمات أو المنافع غير الثمار والمنتجات. أما الاستغلال فهو الانتفاع بالعقار والحصول بذلك على ما يغله من ثمار . راجع بودان وفوران جزء ٤ بند ٣٠٠ . وأيا كان الأمر فأثر هذه التفرقة لا يخل بالمبدأ الذى نعالجه وهو أن حق الراهن مقيد من حيث مضمونه بوجود حق الدائن المرتهن ، سواء بالنسبة لاستعمال العقار أو استغلاله .

(٢) جاء فى المذكرة الايضاحية للمشروع التمهيدى أن الراهن « لا يجوز له أن يقوم بأى عمل من شأنه إنقاص ضمان الدائن المرتهن ، كأن يخرب العقار المرهون أو أن يتركه يتخرب. وللدائن المرتهن أن يتخذ ما يلزم من الوسائل التحفظية ، كأن يقيم حارساً » جزء ٧ من مجموعة الأعمال التحضيرية ص ٤٩ .

أخيراً يحق للدائن المرتهن أن يعترض على انتزاع المنقولات التى رصدها المالك لخدمة العقار ، وهى العقارات بالتخصيص ، ذلك أن حق الدائن المرتهن يتعلق بها بوصفها من ملحقات العقار المرهون (١).

على أن الدائن المرتهن قد لا يعلم بتغيير تخصيص هذه المنقولات ، وإزالة صفة العقار عنها إلا فى وقت متأخر . وليس أمامه حينئذ إلا المطالبة بتطبيق الجزاء العام وهو سقوط الأجل وحلول الدين . وله أن يسترد هذه المنقولات التى أزيلت عنها صفة العقار بالتخصيص ، إذا كانت لازالت فى حيازة الراهن أو انتقلت إلى يد حائز سيء النية. أما الحائز حسن النية فتحميه القاعدة التى تقضى بأن الحيازة فى المنقول سند الحائز . وهنا قد يتعلق حق الدائن المرتهن بالثمن المستحق فى ذمة الحائز إذا لم يكن قد أداه (٢) .

ويلاحظ بشأن الأحكام المتقدمة أنه يشترط لتطبيقها أن تكون إزالة العقارات بالتخصيص من شأنها إضعاف قيمة التأمين . فاذا قام الراهن بذلك بقصد وضع منقولات أخرى لخدمة العقار الأصلى ، فلا يجوز للدائن المرتهن فى هذه الأحوال أن يعترض على أعمال الراهن (٣) .

---

(١) راجع ماتقدم فى بيان ملحقات العقار المرهون فقرة ٥٣ - وانظر ماسيلى فى تقييد سلطة مالك العقار فى التصرف .

(٢) وفى هذا الشأن تقرر مذكرة المشروع التمهيدى بأنه إذا باع الراهن مواشى كانت قد خصصت لخدمة الأرض المرهونة فوقعت فى حيازة مشتر حسن النية ، ملكها ملكية خالصة من الرهن . ويكون للدائن المرتهن حق الرجوع على الراهن بالضمان . أما إذا لم يتسلمها المشترى أو تسلمها وهو سيء النية ، فإنها تبقى مثقلة بحق الرهن .

رجع بيير رينو انسكلوبيدى داللوز جز٣ ص ٩١٩ بند ٢٢٧

(٣) أنظر مناقشات لجنة القانون المدنى بمجلس الشيوخ - الاعمال التحضيرية المرجع السابق ص ٥٠ وقد أضافت إلى المادة ١٠٤٧ عبارة انقاص الضمان « انقاصا كبيرا ». ومضت الاشارة فى المتن فقرة ٧٢ إلى أن القاضى هو صاحب السلطة المطلقة فى تقدير انتقاص الضمان .

المطلب الثانى

سلطة الراهن فى استغلال العقار المرهون .

٧٤ – حق الراهن فى استغلال العقار المرهون :

المقصود بالاستغلال هو سلطة المالك فى استخدام العقـار بالطريقة التى يتخيرها بقصد الحصول على ما ينتجه من ثمرات . فالعقار على هذا النحو يمثل عنصر رأس المال ، وما يغله من ثمرات يعبر عنه بالربح أو الدخل .

والأصل هو حرية المالك فى الاستغلال . تتمثل أولا فى تخير طريقته . وتبدو ثانياً فى الاستئثار بغلته . والراهن كقاعدة عامة يتمتع بهذه الحرية ، لايقيدها إلا حق الدائن المرتهن . فهو يرتبط بالكيان الاقتصادى للعقار ، ويتعلق بثماره منذ التحاقها بالعقار بحكم القانون بمجرد تنبيه نزع الملكيه على النحو الذى سبق بيانه فى بحثنا للمحقات العقار .

تطبيقاً لهذه الحرية المقيدة نصت المادة ١٠٤٤ من التقنين المدنى على ما يأتى «للراهن الحق فى إدارة العقار المرهون وفى قبض ثماره إلى وقت التحاقهـا بالعقار» .

يستفاد من نص هذه المادة أن الراهن حر فى استغلال العقار ، ولكنه مقيد من ناحيتين . :

١ – من حيث توجيه الاستغلال : الأصل أن ينفرد المالك وحده بتوجيه العقار نحو طريقة الاستغلال التى تروق له . فيستطيع مثلا أن يوجه أرضاً زراعية إلى تخصيص آخر ، كأن يقيم عليها مصنعاً أو يشيد منشآت سكنية . هذهالحرية يحد منها حق الدائن المرتهن . فهو يستطيع أن يراقب الراهن فى نشاطه فيفوت عليه كل محاولة من شأنها إنقاص قيمته ، وبالتالى إضعاف الإئتمان الذى يعتمد

عليه الدائن (١) . حينئذ يحق لهذا الأخير . وبنص القانون فى المادة ١٠٤٧ ، أن يستعين بالقضاء لوقف هذه الأعمال الضارة بحقه ، وله فى حالة الاستعجال كما قدمنا أن يؤمن ذلك الحق باتخاذ وسائل تحفظية يرجع بمصروفاتها على الراهن.

هذه السلطة التى تخول للدائن المرتهن الانتقاص من سلطات الراهن كمالك للعقار المرهون . يسندها أن الدائن مزود بحق عينى تبعى تقرر على العقار ، وتعلق بكيانه الاقتصادى . وهو حق يحد من مضمون الملكية بالقدر اللازم للإبقاء على العقار كضمان خاص يكفل الوفاء بالدين .

على أن الدائن المرتهن من ناحية أخرى لا ينبغى أن يتستر وراء ذلك الحق فيسئ استعماله ، ويتربص للمدين يرده عن كل نشاط يتعلق بتوجيه استغلال العقار . وبعد ، فالفصل فى أى نزاع قد يطرأ فى هذا الشأن يترك إلى تقدير القاضى ، يحكم فيه على ضوء ما يعرض من وقائع (٢) ، مستهدياً بمعيار القانون ، وقوامه أن الراهن لا يجوز له إتيان أى عمل أو القيام بأى تقصير من شأنه إنقاص الضمان إنقاصاً كبيراً . وقد أضيفت هذه العبارة الأخيرة فى لجنة القانون المدنى بمجلس الشيوخ لتقييد التدخل المتصل من جانب دائن قد يسرف فى حذره ، فيصبح على هذا النحو مصدر قلق دائم فى سبيل تمكين المدين من استغلال العقار (٣) .

---

(١) أنظر موريل محاضرات فى القانون المدنى مع التعمق « آثار الرهن » باريس ١٩٤٢ ص ١٥٨ .

(٢) لا يعد مثلا إضعافا للضمان أن يزرع المدين الأرض المرهونة قطنا مرة كل سنتين مخالفاً بذلك ما جرت به العادة من زرعها مرة كل ثلاث سنوات ، وبخاصة إذا كانت قيمة الأرض تغطى قيمة الدين إلى مدى بعيد (استئناف مختلط ٢ يونيه سنة ١٨٩٧ م ٩ ص ٣٧٧) . حكم أشار اليه الاستاذ السنهورى الوسيط جـ ٣ ص ١١٦ هامش ٤ راجع ما تقدم فقرة ٧٣ .

(٣) الجزء السابع من مجموعة الأعمال التحضيرية ص ٥٠ . وقد سبق لنا تفسير الانقاص الكبير للضمان بأنه العمل القانونى أو المادى الذى يضعف الضمان إلى حد أن يجعله أقل من قيمة الدين . وهو تفسير يتفق مع نص الفقرة الثالثة من المادة ١٠٤٨ بصفة خاصة ، ويتجاوب مع اتجاه المشرع فى المادة ٢٧٣ بصفة عامة . راجع ما تقدم فقرة ٧٢ .

وقد تنبه المشرع إلى أن من أهم وسائل الاستغلال المألوف هو تأجير العقار والحصول على ثماره المدنية . ولهذا أفرد له حكماً خاصاً ، يعالج فيه سريان هذا الإيجار على الدائن المرتهن إذا جاوز أجله تاريخياً معيناً ينفي عنه صفة أعمال الإدارة ويدنيه من أعمال التصرف ، على نحو قد يؤثر فى مصير العقار يوم أن يعلن عن بيعه بالمزاد .

٢ – من حيث قبض الثمار : مظهر الانتفاع بالملكية يتمثل بصفة خاصة فى استئثار المالك بما يغله الشئ من ثمرات . وقد حرص المشرع على الحكم بأن الراهن يقبض أيضاً ثمار العقار المرهون ، فلا يتعلق بها حق الدائن المرتهن . وبعبارة أخرى ، نستمدها من لغة الاقتصاد ، ينصب حق الدائن على رأس المال ولا يمتد إلى الدخل .

على أن ذلك الحكم لا يؤخذ به على إطلاقه ، بل يصيبه قيد يتصل بتحديد زمنى للاستئثار بالغلة . فمنذ تاريخ معين وهو تسجيل تنبيه نزع الملكية ، تضاف الثمار بقوة القانون إلى العقار ويتعلق بها حق الدائن المرتهن . وعلة هذا الحكم أن تسجيل التنبيه يعبر عن الشروع فى التنفيذ ، وأمل الدائن فى استيفاء حقوقهم ، ومن ثم قدر المشرع تيسير ذلك الأمل بتمكينهم من ثمار العقار .

بل وقد عنى المشرع أيضاً ، بصدد حرية الراهن فى قبض الثمار ، بعلاج وضع خشى من عواقبه على حق الدائن . ولذلك أخضع التعجيل بالأجرة وتحويلها إلى حكم خاص ، نظراً لما قد يؤدى إليه من هبوط قيمة العقار يوم أن تتخذ الإجراءات النهائية لبيعه. وسنفرد لدراسته بحثاً مستقلا نكشف فيه عما يكتنفه من غموض مرده إلى تعارض طارىء ورد فى نصوص تقنين المرافعات .

وحتى يكتمل بحثنا فى قبض الثمار ، ينبغى أن نقدم ما اتفق عليه الرأى بشأن التصرف فى الثمار المستحدثة قبل جنيها ومثالها بيع المحصول وهو متصل بالأرض .

مما تقدم يتضح لنا أن الإحاطة بالقيود التى قد ترد على حق المالك فى استغلال العقار تقتضى النظر فى حكم تأجير العقار المرهون ، والتعجيل بالأجرة أو تحويلها ، وأخيراً بيع الثمار المستحدثة قبل جنيها .

٧٥ — النصوص القانونية بشأن تأجير العقار والتعجيل بالأجرة أو تحويلها :

نصت المادة ١١ من قانون تنظيم الشهر العقارى على ما يأتى : « يجب تسجيل الإيجارات والسندات التى ترد على منفعة العقار إذا زادت مدتها على تسع سنوات والمخالصات والحوالات بأكثر من أجرة ثلاث سنوات مقدماً ، وكذلك الأحكام النهائية المثبتة لشىء من ذلك . ويترتب على عدم تسجيلها أنها لا تكون نافذة فى حق الغير فيما زاد على مدة تسع سنوات بالنسبة إلى الايجارات والسندات وفيما زاد على أجرة ثلاث سنوات بالنسبة إلى المخالصات والحوالة » .

يلقى حكم هذه المادة تطبيقاً خاصاً يقترن بأحكام مفصلة بصدد الرهن الرسمى فى المادة ١٠٤٥ ، ١٠٤٦ من التقنين المدنى .

تقرر المادة ١٠٤٥ أن « الإيجار الصادر من الراهن لا ينفذ فى حق الدائن المرتهن إلا إذا كان ثابت التاريخ قبل تسجيل تنبيه نزع الملكية . أما إذا لم يكن الإيجار ثابت التاريخ على هذا الوجه ، أو كان قد عقد بعد تسجيل التنبيه ولم تعجل فيه الأجرة ، فلا يكون نافذاً إلا إذا أمكن اعتباره داخلا من أعمال الإدارة الحسنة .

وإذا كان الإيجار السابق على تسجيل التنبيه تزيد مدته على تسع سنوات ، فلا يكون نافذاً فى حق الدائن المرتهن إلا لمدة تسع سنوات ، ما لم يكن قد سجل قبل قيد الرهن » .

أخيراً تضيف المادة ١٠٤٦ الحكم الآتى « لا تكون المخالصة بالأجرة مقدماً لمدة لا تزيد على ثلاث سنوات ولا الحوالة فيها كذلك نافذة فى حق الدائن المرتهن إلا إذا كانت ثابتة التاريخ قبل تسجيل تنبيه نزع الملكية .

أما إذا كانت المخالصة أو الحوالة لمدة تزيد على ثلاث سنوات ، فإنهـا

لا تكون نافذة فى حق الدائن المرتهن ما لم تكن مسجلة قبل قيد الرهن . وإلا خفضت المدة إلى ثلاث سنوات مع مراعاة الحكم الوارد فى الفقرة السابقة »

٧٦ – تأجير العقار المرهون :

استجاب المشرع فى الأحكام التى ألقى بها فى المادة ١٠٤٥ من التقنين المدنى إلى اعتبارين يتصلان بحماية الدائن المرتهن . الأول قدر بشأنه أن الإيجار الذى يتجاوز تسع سنوات يتجرد من صفة عمل الإدارة العادى ، ويعتبر فى حكم أعمال التصرف . وهو بهذه المثابة قد يثنى من يرغب شراء العقار عن الإقبال عليه . ولذا حد من سريان مثل هذا الايجار إلا إذا كان مسجلا قبل قيدالرهن. ومن ناحية أخرى خشى المشرع من زهد الراهن وعدم حرصه ، بل ومن كيده للدائنين ، فقدر أن الإيجار مهما قصرت مدته يجب كقاعدة عامة أن يثبت تاريخه قبل تسجيل تنبيه نزع الملكية ، حتى ينتج أثره فى مواجهةالدائن. على أن هذه الخشية تتلاشى إذا ما توافرت فى الايجار من المقومات والعناصر ما يجعله سبباً فى تيسير بيع العقار . ويكون الأمر كذلك إذا كان الايجار من قبيل أعمال الإدارة الحسنة .

على ضوء ما تقدم تنبغى التفرقة بشأن الأحكام الواردة فى المادة ١٠٤٥بين ما يأتى من فروض :

١ – إيجار يمتد أجله إلى ما يجاوز تسع سنوات : مثل هذا الإيجار لاينتج آثاره كاملة إلا إذا كان مسجلا فى تاريخ سابق على قيد الرهن (الفقرة الثانية من المادة ١٠٤٥) .

فإذا لم يكن مسجلا قبل قيد الرهن ، فهو لا يسرى إلا فى حدود تسع سنوات فقط .

ويلاحظ فى هذا الشأن أن مصلحة الدائن المرتهن فى التمسك بعدم نفاذالإيجار لا تظهر إلا بعد تسجيل تنبيه نزع الملكية والشروع فى التنفيذ على العقار ،لأن ذلك يؤدى إلى ترغيب الغير فى شرائه بثمن مرتفع .

وقد أثير التساؤل حول كيفية احتساب مدة التسع سنوات (١) . على أن المشرع فى الفقرة الثانية من المادة١٠٤٥ ، وفى م ١١ شهر عقارى قد وضع حكما ظاهرا لوضوح . ويستفاد منه أن الإيجار إذا كان قد تجاوز هذه المدة وقت تسجيل التنبيه ، توقف مباشرة عن السريان فى مواجهة الدائن ، الذى يحق له الاستمرار فى إجراءات التنفيذ متجاهلا وجوده . أما إذا لم تكن المدة قد اكتملت بعد ، فيجوز الاحتجاج بهذا الإيجار فى حدود التسع سنوات إذا كان له تاريخ ثابت قبل تسجيل تنبيه نزع الملكية (٢) ؛ على النحو الذى سيتضح لنا فيما يلى . وأساس هذا الحكم أن المشرع قد أراد أن يكفل للمستأجر الانتفاع بالعقار خلال فتره أقصاها تسع سنوات دون أن يلتزم بالتسجيل ، فإذا تجاوز هذه المدة ولم يكن حقه مسجلا أصبح غير نافذ فى مواجهة أى شخص من الغير يتمسك بذلك .

٢ — إيجار لا يتجاوز أجله تسع سنوات : مثل هذا الايجار يسرى فى حق الدائن المرتهن إذا كان ثابت التاريخ قبل تسجيل تنبيه نزع الملكية . والحكمة التى بدت للمشرع فى الأخذ بهذا الحكم هى أن الإيجار محدود المدة يعتبر من قبيل أعمال الإدارة العادية . وهو على هذا النحو يحقق للمدين دخلا ينعش مركزه المالى فيدفعه إلى أداء الدين . بل وهو يلائم مصلحة الدائن ، لأن الاستغلال الحسن يرفع قيمة العقار .

على أن المشرع قدر من ناحية أخرى أنه متى بدىء فى التنفيذ على العقار ، قد يعمد الراهن إلى تأجيره بأجر ضئيل زهدا فى ثمرة العقار أو كيدا للدائنين ، ولذا حكم بأن الإيجار لا ينفذ فى مواجهتهم إلا إذا كان ثابت التاريخ قبل تسجيل تنبيه نزع الملكية (٣) . والمقصود بذلك هو أن يتوافر له تاريخ يقينى

---

(١) أنظر فى تفصيل ذلك ما دارمن نقاش فى الفقه الفرنسى ، بودان وفواران جزء ١٤ بند ١٠٤٧ . ويلاحظ أن القانون الفرنسى لم يشترط إلا تسجيل الإيجار الذى تزيد مدته عن ١٨ سنة

(٢) راجع فى هذا المعنى بلانيول وربير وبيكيه بند ٨٩٧ ص ١٥٠ — اليكس فايل « جزاء تخلف التسجيل فى الايجارات الممتدة إلى أكثر من ثمان عشرة سنة » داللوز ١٩٤٩ ص ٧٣ .

(٣) أستاذنا المغفور له الدكتور محمد حامد فهمى تنفيذ الأحكام والسندات بند ٣٥٧ .

يدرأ عنه الشك وفقاً لما جاء فى المادة ٣٩٥ من التقنين المدنى .

على أن الإيجار الذى يثبت تاريخه قبل تسجيل التنبيه لا يكون منزها عن كل الشبهات . بل يجوز الطعن فيه إذا ما صدر بطريق التواطؤ بين الراهن والمستأجر وذلك بأن يعقد بأجر بخس ، لعلم الراهن أن الدائنين بسبيل اتخاذ اجراءات التنفيذ على العقار . ولا يجوز تأسيس هذا الطعن كما يذهب بعض الفقهاء على حكم الدعوى البوليصية . فالدعوى البوليصية تتحدد بنطاق خاص ، ويلازم لاستخدامها شروط معينة لا تصدق على الوضع الذى نحن بصدده (١) . والأصدق فى هذا الشأن هو الاستعانة بدعوى الغش بصفة عامة على أساس أنه مفسد للتصرف (٢) . بل ويذهب جانب من الفقه إلى الاستعانة بأحكام

---

(١) دافع عن هذا الاتجاه بصفة خاصة جروبيه فى رسالته عن الدعوى البوليصية فى القانون المدنى الفرنسى المعاصر سنة ١٩١٣ . وقد اطلعنا على وجهة نظره بالتفصيل فى رسالته جوزيه فيدال عن النظرية العامة فى الغش ، رسالة من تولوز نشرت بباريس سنة ١٩٥٧ ص ٢٢٨ ومابعدها انظر ايضا حكم دائرة العرائض لمحكمة النقض الفرنسية ٢٤ فبراير سنة ١٩٤١ مجلة الاسبوع القانونى سنة ١٩٤٢ ، وتعليق بيكى . وحكم الدائرة الاجتماعية لنفس المحكمة فى ١٩ ديسمبر سنة ١٩٤١ ، المجلة الفصلية للقانون المدنى سنة ١٩٤٢ وملاحظات هنرى وليون مازو .

وخلاصة هذا الاتجاه هو أن الدعوى البوليصية لاتستخدم فقط إذا أصيب المدين باعسار عام ، بل يجوز الاستعانة بها ايضا فى صورة الاعسار الخاص . ويفتعل هذا الاتجاه تخصيص الاعسار فى علاقة المدين بدائن معين بالذات وبشأن عين محددة بالذات . وبذلك يجوز للدائن المرتهن استخدام الدعوى البوليصية الخاصة ، إذا كان تصرف المدين من شأنه أن يضعف قيمة الضمان الخاص المقرر على العقار ، وذلك على أساس أنه بتصرفه أضر بالدائن ، وجعل العقار قاصرا عن تحقيق الغاية من التأمين المقرر عليه .

وقد تعرض هذا المسلك لنقد شبه اجماعى من الفقه الفرنسى . انظر فى هذا المعنى التعليقات القضائية السابق الاشارة اليها . راجع ايضا بلانيول وريبير ورادوان حـ ٧ فقرة ٩٣٨ فيدال المرجع السابق ص ٢٢٩ — موريل محاضرات دكتوراه فى آثار الرهن باريس ١٩٤٢ ١٩٤٢ ص ١٧٥ . وقد عالجنا هذه المسألة بالتفصيل فى بحث لنا عن أثر الغش على الأسبقية فى التسجيل ومحاولة لوضع نظرية عامة فى الغش » ، أعد للنشر بمجلة الحقوق بالاسكندرية . وقد خلصنا فيه إلى عدم جواز التسليم بهذا التخريج فى القانون المصرى ازاء عصيان احكام البولصية عن حكم مثل هذه الصورة . ذلك أن الشرط الأساسى لتحريك هذه الدعوى هو الاعسار العام الذى تتجاوز فيه ديون المدين أمواله .

(٢) وهو الرأى الذى دافعنا عنه فى بحثنا المشار اليه . ونستند فى هذا الشأن إلى وجوب اطلاق تطبيق مبدأ أن الغش يفسد كل أمر باعتباره من المبادىء العامة التى تحكم التنظيم القانونى فى الجماعة (راجع ما تقدم فقرة ٦٨ مكرر) . وهو واجب الأخذ به ولو لم يجر به نص فى القانون (انظر =

المسئولية التقصيرية . باعتبار أن تواطؤ الراهن مع المستأجر يتضمن خطأ متعمداً للإضرار بالغير ، ومن ثم يلزم التعويض عنه(١) .

٣ – الإيجار المعتبر من قبيل أعمال الإدارة الحسنة : خرج المشرع بشأنه عن القاعدة التى تقدم ذكرها فلم يشترط ثبوت تاريخه قبل تسجيل تنبيه نزع الملكية بل أجاز إيقاعه بعد هذا التاريخ . وبعبارة أخرى فالإيجار غير ثابت التاريخ ، أو المبرم فى تاريخ لاحق على تسجيل تنبية نزع الملكية يجوز نفاذه إذا صدق عليه وصف أعمال الإدارة الحسنة .

خلت نصوص القانون من تعريف جامع لدلالة أعمال الإدارة الحسنة ،ومن ثم يترك أمر تقديرها إلى القضاء إذا ما ثار حولها نزاع . وقد استقر القضاء منذ زمن بعيد على أن الإيجار يصدق عليه هذا الوصف إذا عقد بأجر المثل ولم يمتد أجله مدة طويلة (٢) .

= نقض مدنى ٩ فبراير سنة ١٩٥٦ مجموعة المكتب الفنى السنة السابعة رقم ٢٣ ص ١٦٨) .
إذ لا يجوز أن يتطاول الشخص على قاعدة سلوك آمر ، ويتستر فى هذا التطاول باستخدام وسيلة ظاهرها مشروع. ولاشك أن راهن العقار المرهون الذى يؤجر العقار بعقد ثابت التاريخ قبل تسجيل تنبيه نزع الملكية ويعقده بأجر بخس إنما يضر بحق الدائن . وهو فى هذه الحالة يستخدم وسيلة قانونية ظاهرها مشروع . ولكنه يستعين بها لاستبعاد قاعدة سلوك آمر ، وهى صيانة الضمان الخاص من كل أضعاف يجعله غير كاف لاستيفاء حق الدائن .

راجع فى تأييد الاعتداد بمبدأ عام فى فساد التصرف المشوب بالغش . رواست « الأصول العرفية فى نظرية الالتزامات » محاضرات دكتوراه باريس سنة ١٩٥٤ ص ١١٢ وما بعدها – فيدال الرسالة السابق الاشارة اليها ص ٢٣٠ .

(١) فى هذا المعنى موريل محاضرات دكتوراه بباريس فى آثار الرهن سنة ١٩٤٢ ص ١٧٦ .
ويعيب هذا التأصيل فى تقديرنا أن الاستعانة باحكام المسئولية التقصيرية ، يجعل تقدير طريقة التعويض للقاضى . ومن ثم لا يتقيد بوجوب القضاء بعدم نفاذ التصرف فى حق الدائن المرتهن ، وإنما قد يحكم بأى تعويض آخر يراه مناسبا . بينما نجد أن التسليم بمبدأ عام فى الغش ، يجعل تصرف الراهن فاسدا ، وبالتالى يتعين القضاء بعدم نفاذه فى حق الدائن المرتهن .

(٢) أنظر تعليقات بالاجى على المادة ٦١٣ مرافعات مختلط – وقد سار القضاء على اعتبار المدة معقولة إذا لم تتجاوز ثلاث سنوات فى الأراضى الزراعية أو سنة واحدة فى المبانى وينبغى الآن أن يراعى بشأن الأراضى الزراعية ما جاء من تنظيم آمر يحكم إيجارها فى قانون الإصلاح الزراعى.

ويلاحظ أن التقنين المدنى قد أضاف شرطاً خاصاً لاعتبار الإيجار من قبيل أعمال الإدارة الحسنة ، وهو ألا تكون الأجرة قد دفعت مقدماً (م ١٠٤٥ الفقرة الأولى) ، وكأن التعجيل بالأجرة إذن ينفى صفة حسن الإدارة .

ثم صدر تقنين المرافعات فى تاريخ لاحق فنص فى المادة ٦٢١ على سريان الإيجار غير الثابت التاريخ أو الواقع بعد تسجيل تنبيه نزع الملكية إذا كان من قبيل أعمال الإدارة الحسنة . ولكنه أغفل ذكر الشرط المتصل بعدم تعجيل الأجرة ، الذى وضعه المشرع المدنى .

ويبدو لنا وجوب ترجيح كفة قانون المرافعات فى هذا الشأن ، لاسيما وأنه وضع من الأحكام ما يكفل ضمان حقوق الدائنين بعد تسجيل تنبيه نزع الملكية . فهو يجيز للدائن تكليف المستأجر بأن يحجز تحت يده ، ما هو مستحق فى ذمته من أجرة ، ويغنى هذا التكليف عن اتباع إجراءات حجز ما للمدين لدى الغير . فإذا كان المستأجر قد أدى الأجرة قبل ذلك التكليف ، يقع وفاؤه صحيحا ، ولكن يسأل عنها المدين بوصفه حارسا (المواد ٦٢٢ ، ٦٢٣ مرافعات) (١)

يستفاد مما تقدم أن المدين إذ يستوفى أجرة معجلة بعد تسجيل تنبيه نزع الملكية لا يستأثر بها ، بل يعتبر فى حكم الحارس لها ، فتلحق بثمن العقار ويتعلق بها حق الدائنين فى التوزيع . وعلى هذا النحو لا تكون للمدين مصلحة فى التعجيل بالأجرة إلا للاحتفاظ بها لصالح الدائن ، وبذا تنعدم دلالة التعجيل على سوء الإدارة (١) .

٧٧ - تعجيل الأجرة أو تحويلها

الأصل أن الراهن يستأثر بما يستحق عن إيجار العقار المرهون باعتبار أن له الحق فى إدارته وقبض ثماره . وله بطبيعة الحال أن يحصل على أجرة معجلة ،

---

(١) وقد بقيت هذه المواد كما هى ، وأصبحت المواد ٦١٦ ، ٦١٧ ، ٦١٨ فى مشروع توحيد قانون المرافعات فى الجمهورية العربية المتحدة .

وأن يتصرف فى هذه الأجرة إلى الغير بواسطة حولة الحق .

ولكن يلاحظ فى هذا الشأن أن الثمرات تلحق بالعقار بمجرد تسجيل تنبيه نزع الملكية ، ومن ثم فقد يفاجأ الدائن بأجرة معجلة أو محولة عن مدة طويلة ، فيحرم على هذا النحو منها . بل وقد يؤدى ذلك إلى بخس قيمة العقار حينما يطرح للبيع بالمزاد . لهذه الاعتبارات وضع المشرع الحكم الذى جاء فى المادة ١٠٤٦ ، وتنبغى بشأنه التفرقة بين فرضين .

١ — التعجيل بالأجرة أو تحويلها يتجاوز استحقاق ثلاث سنوات : هنا يقرر القانون بأن المخالصة أو الحوالة التى تزيد عن هذه المدة لا تنفذ فى حق الدائن المرتهن إلا إذا كانت مسجلة قبل قيد الرهن . وتسجيلها قبل هذا التاريخ لا يضر بالدائن لأنه أقدم على ارتهان العقار وهو على بينة منها ، فإن ارتضى ذلك فلا سبيل إلى شكواه .

أما إذا كانت المخالصة أو الحوالة لم يتم تسجيلها قبل قيد الرهن فلا يحتج بها فى مواجهة الدائن إلا فى حدود ثلاث سنوات وذلك بشرط أن تكون ثابتة التاريخ قبل تسجيل تنبيه نزع الملكية .

٢ — التعجيل بالأجرة أو تحويلها لا يزيد عن استحقاق ثلاث سنوات : حكم المشرع فى هذا الفرض بسريان المخالصة أو الحوالة إذا ثبت لها تاريخ محقق قبل تسجيل تنبيه نزع الملكية .

على أنه يجوز للدائن أن يطعن فى مثل هذه المخالصة أو الحوالة ، إذا استطاع أن يثبت أنها قد تمت بطريق التواطؤ مع المستأجر أو الدائن المحال إليه ، وذلك لأن الغش يفسد كل تصرف . ولا يصح القول هنا كما قدمنا من قبل بأن الطعن يؤسس على الدعوى البوليصية لأن شروط هذه الدعوى قد رسمها القانون ، وهى لا تتوافر إلا بإعسار المدين أو زيادة إعساره . وقد ذهب جانب من الفقه إلى تأصيل مثل هذا الطعن بالاستناد إلى القواعد العامة فى المسئولية التقصيرية ، باعتبار أن التواطؤ يكون ركن الخطأ المتعمد ، ومن ثم يلتزم من ارتكبه بالتعويض عن الضرر المترتب عليه (١) .

---

(١) راجع ما تقدم فقرة ٧٦ بشأن تأجير العقار بثمن بخس بتاريخ ثابت قبل تسجيل تنبيه نزع الملكية .

أخيراً تنبغي الإشارة إلى أن المشرع فى تقنين المرافعات جاء فى المادة ٦٢٤ بأحكام مشابهة لما سبق لنا بيانه . ولكنه أضاف حكما لم يشر اليه المشرع المدنى ومقتضاه أن المخالصة عن الأجرة أو الحوالة بها إذا لم تكن ثابتة التاريخ قبل تسجيل تنبيه نزع الملكية يجوز الاحتجاج بها مع ذلك عن استحقاق مدة سنة .

ويبدو لنا بشأن هذا التعارض وجوب ترجيح كفة تقنين المرافعات والأخذ بالحكم الذى استحدثه . ذلك أنه صدر فى تاريخ لاحق على التقنين المدنى ، وهو ينظم مركز الدائنين بصفة عامة بعد تسجيل تنبيه نزع الملكية . ولعله أراد بهذا الحكم أن يستجيب إلى حكم الواقع فيما يتصل بالمخالصات . فقلما يعنى المدين الذى يؤدى مخالصة وفاء عن استحقاق سنة ، أن يثبت تاريخها . ولهذا الاعتبار أجاز المشرع فى القانون المدنى اعفاء المخالصات من القيود المتعلقة بثبوت التاريخ (م ٣٩٥ الفقرة الثانية) (١) .

٧٨- بيع الثمار قبل جنيها :

نبادر باستبعاد الفرض الذى يتم فيه هذا البيع فى تاريخ لاحق على تسجيل تنبيه نزع الملكية ، لأن الثمار فى هذه الفترة يتعلق بها حق الدائن المرتهن بقوة القانون (٢) .

ولكننا نعالج الفرض الذى يكون فيه الراهن قد تصرف فى هذه الثمار قبل تسجيل تنبيه نزع الملكية ، وهو أمر مألوف . فكثيراً ما يبيع مالك الأرض الزراعية المحصول قبل جنيه أو الثمار قبل قطفها . فما حكم بيع مثل هذه المزروعات القائمة أو الثمار المتصلة ؟

---

(١) راجع رمزى سيف فى التنفيذ بند ٢٧٢ — محمد حامد فهمى ص ٣٤٦ هامش ٤ — وقارن أحمد أبو الوفا بند ٣٠٧ .

ويلاحظ أن المادة ٦١٩ من مشروع توحيد قانون المرافعات فى الجمهورية العربية قد استجاب إلى حكم المادة ١٠٤٦ فأزالت تعارضها مع المادة ٦٢٤ من قانون المرافعات المصرى وبذلك صار الحكم عاما فى عدم نفاذ المخالصة أو تحويل الاجرة إلا إذا كان ثابت التاريخ قبل تسجيل التنبيه ، حتى ولو كان فى حدود مدة سنة .

(٢) أنظر ما تقدم فقرة ٥٣ .

ذهب البعض إلى القول بأن هذا البيع لا يسرى فى مواجهة الدائن المرتهن باعتبار أن المزروعات والثمار لازالت فى حكم العقار مادامت متصلة بالأرض لم تنزع منها ، وأن صفة المنقول التى خلعها عليها كل من البائع والمشترى لا تنفذ فى مواجهة الغير ، فلا يحتج بها إذن على الدائن المرتهن . بل يستطيع أن يعتبرها من قبيل العقار حتى يتم فصلها عن الأرض (١) .

ولكن الرأى الراجح يجيز هذا البيع ، لأن الراهن قد أجراه فى فترة كانت حريته متوافرة فى استغلال العقار وفى قبض ثماره . وهو على هذا النحو بمثابة من يؤجر أرضاً زراعيه ويقبض الأجرة معجلة . ولذا فينبغى القول حتى ينفذ بيع الثمار قبل جنيها توافر تاريخ ثابت لهذا البيع قبل تسجيل تنبيه نزع الملكية وذلك بطريق القياس على تعجيل الأجرة (٢) .

وقد يصطدم هذا الحكم بصعوبة تتعلق بتأصيله . لأن الثمار المتصلة بالأرض تعتبر من قبيل العقار ، فكيف السبيل إلى التصرف فيها بوصفها من المنقولات وهى لم تنتزع من الأرض بعد .

على أنه يلاحظ فى هذا الشأن أن قانون المرافعات فى المادة ٥٠٤ نظم الحجز على الثمار المتصلة والمزروعات القائمة بوصفه حجزاً على منقول . وهو فى ذلك الحكم قد استجاب إلى المصير الذى ستؤول إليه ، فاستبق الأحداث وعاملها على أساس طبيعتها المستقبلة ، باعتبار أن صفتها العقارية زائلة (٣) .

ولما كان هذا هو حكم القانون بشأن البيوع الجبرية ، وجب القول حتما

---

(١) جارسونيه وسيزاربرو مطول قانون المرافعات جزء ٤ بند ٣٦٣ - كوش الموجز فى طرق التنفيذ بند ٢١٠ .

(٢) راجع فى هذا المعنى عبد الفتاح عبد الباقى فقرة ٢٢٨ .

(٣) أنظر سان ألارى انسكلوبيدى داللوز الجزء الثانى ص ٨٤٧ بند ٩١ لفظ Fruit

بتمكين إرادة الأفراد من خلع الصفة المنقولة على الثمار قبل جنيها ، وإخضاع بيعها لحكم التصرف فى المنقولات (١) .

فإذا ما سلمنا بذلك ، أمكن التسليم أيضاً بأن الراهن سلطانه مطلق فى استغلال العقار المرهون . وبالتالى له أن يبيع هذه الثمار قبل جنيها . وأن يقبض ثمنها . فإن تم ذلك البيع سرى أثره فى مواجهة الدائن المرتهن . على أنه ينبغى حماية مركزه ، باشتراط ثبوت تاريخ البيع قبل تسجيل تنبيه نزع الملكية ، وليس ذلك سوى احتياط يقصد به تفويت فرصة الغش على المدين ، باصطناع بيع كاذب حينما يشرع الدائن فى التنفيذ على العقار ويتعلق حقه بثماره .

بل ويجوز للدائن المرتهن أيضاً أن يطعن فى هذا البيع حتى ولو تم فى تاريخ سابق على تسجيل التنبيه ، إذا تيسر له أن يثبت تواطؤ الراهن مع المشترى بقصد الإضرار به . وقد يعرض ذلك فى فترة يرتاب فيها الراهن من قرب التنفيذ على العقار ، فيعقد بيعاً يقصد به بالاتفاق مع الغير إبعاد الثمار عن متناول يد الدائن (٢) .

يظهر مما تقدم أن بيع الثمار المستحدثة قبل جنيها ينفذ فى حق الدائن المرتهن مادام ثابت التاريخ قبل تسجيل تنبيه نزع الملكية ، وغير مشوب بالغش . وليس ذلك سوى إستجابة لطبيعة هذه الثمار بحسب مصيرها ، وتطبيق لحق الراهن فى استغلال العقار المرهون والاستئثار بثمراته(٣) .

---

(١) أنظر اسماعيل غانم محاضرات فى النظرية العامة للحق ص ٨٧ . حسن كيره الحقوق العينية الأصلية جـ ١ فى حق الملكية فقرة ٣٢ وما بعدها .

(٢) راجع فريجا فيل « المنقولات بحسب المآل » رسالة من باريس ١٩٢٧ ص ٣٢٩ ومابعدها وانظر ايضا ما تقدم فقرة ٧٦ ، ٧٧ فى أثر الغش على سلامة الايجار والتعجيل بالأجرة أوتحويلها وتأصيل الحكم الواجب الأخذ به على أساس مبدأ عام فى الغش .

(٣) بلانيول وريبير وبيكيه جزء ١٣ فقرة ٢٩١ .

المطلب الثالث

سلطة الراهن فى التصرف فى العقـــار المرهون

٧٩ - حق الراهن فى التصرف فى العقار المرهون - تقييده بعدم الاضرار بالدائن المرتهن :-

لا شك أن أعمال التصرف أخطر من تلك التى تقتضيها سلطة الاستعمال والاستغلال ، لأنها تتصل برأس المال وهو محل حق الدائن المرتهن . ويدور البحث أيضاً بشأنها عن مدى حق الراهن مديناً كان أم كفيلا عينياً فى أن يتصرف فى العقار المرهون ، تصرفاً يرد عليه كله أو على جزء منه .

المبدأ الذى يحكم هذا البحث يدور حول الفكرة التى أشرنا إليها من قبل . فالراهن يحتفظ بحق التصرف فى العقار المرهون ، ولكن بشرط عدم الإخلال بالضمان المقدم للدائن المرتهن . وهذا هو ما عبرت عنه المادة ١٠٤٣ بقولها « يجوز للراهن أن يتصرف فى العقار المرهون ، وأى تصرف يصدره منه لا يؤثر فى حق الدائن المرتهن . ويقرن بهذا الحكم ما جاء فى الفقرة الثانية من المادة ١٠٤٨ ، التى تقرر أنه إذا وقعت أعمال من شأنها أن تجعل العقار المرهون غير كاف للضمان جاز للدائن المرتهن أن يسعى إلى القاضى يسأله وقف هذه الأعمال واتخاذ الوسائل الكفيلة بتوقى الضرر (١) .

يمكننا بشأن التصرفات أن نردها فى هذه المناسبة إلى طائفتين . الأولى ترد على العقار دون أن تغير طبيعته ، والثانية تصيب العقار فى كيانه المادى فتنتقص منه وذلك بتجريد بعض أجزائه من الصفة العقارية .

---

(١) راجع ماتقدم فقرة ٧٢ بشأن التزام الراهن بضمان سلامة الرهن .

٨٠ - التصرفات التي لا تغير من طبيعة العقار :

هذا النوع من التصرفات الذي يرد على العقار فلا يغير من طبيعته لا يثير عادة صعوبات . فالأمر يحسم بشأنه بين الدائن المرتهن والمتصرف عليه على أساس واضح . هو أن العبرة بمن تكون له الأفضلية . والأفضلية هنا تحتسب بالأسبقية في الشهر . فيحتل الدائن المرتهن بالنسبة إلى هذه التصرفات مركزاً يستمده من تاريخ قيده للرهن . وعلى هذا النحو فكل تصرف يرد على العقار بعد هذا القيد ، لا يلحق الضرر بالدائن لأنه لا يسرى في مواجهته .

فإذا تصرف الراهن في العقار ببيع أو هبة إلى شخص آخر ، فالدائن المرتهن ينفذ حقه في مواجهة المتصرف إليه ، ويسمى بحائز العقار المرهون . وهو يستطيع أن يباشر تحت يد الحائز كل الحقوق التي خولها له القانون على النحو الذي سنفصله في دراسة التتبع .

الأصل إذن أن الدائن ليس له أن يعترض على مثل هذه التصرفات التي لا تغير من طبيعة العقار ، ولا تنقص من كيانه المادى ، مادام حقه لن يصاب بضرر ، وفي وسعه السعي إلى المتصرف إليه ليباشر في مواجهته كل مايتضمنه حق الرهن من سلطات .

على أن جانبا من الفقه توقف أمام التصرفات التي ترد على جزء من العقار دون أن تتناول كله ، فأثار بشأنها التساؤل إذا كان من شأنها الانتقاص من قيمة العقار . وبذلك اتجه البعض إلى أن الدائن المرتهن له أن يتمسك بسقوط الأجل على أساس اضعاف التأمين (م ٢٧٣ مدنى) ، إذا اقتطع الراهن جزءاً من العقار وباعه ، فترتب على هذا التصرف هبوط قيمته الاقتصادية . من ذلك مثلا أن يكون العقار المرهون قصراً تحيط به حديقة . فتباع الحديقة بصفة مستقلة ، وتتأثر تبعا لذلك القيمة الاقتصادية للقصر (١) .

---

(١) موريل محاضرات في القانون المدنى مع التعمق « آثار الرهن » باريس ١٩٤٢ ١٩٤٢ ص ١٦٢ وما بعدها .

بل هناك من يذهب إلى أبعد من ذلك . فيقرر أن الدائن المرتهن له أن يدعى إضعاف التأمينات وسقوط الأجل إذا باع الراهن عقاره على أجزاء إلى عدة مشترين مختلفين . بحجة أن هذا البيع المجزأ يرهق الدائن المرتهن ويضطره إلى سعى متعدد لاستيفاء دينه ، بما ينطوى عليه من جهد ونفقة (١) .

هذا الاتجاه الأخير فيما يبدو لنا يسرف فى الحرص على صالح الدائن فيقع فى مبالغة لاسند لها من القانون . وبعد فالقاضى وحده هو أقدر الناس على النظر فى ظروف الأحوال ليستخلص منها إذا كان هناك إضعاف للتأمين فيسقط الأجل ، أم أن الراهن باشر سلطاته فى النطاق الجائز المشروع فلا يتأثر أجل الدين بتصرفه (٢) . وقد يعين القضاء فى هذا الشأن استخدام المعيار العام للتعسف فى استعمال الحق ، وذلك بالموازنة بين المصالح التى يرمى الراهن إلى تحقيقها ، وبين ما يلحق الدائن المرتهن من ضرر (م ٥ /٢ مدنى) .

ويلاحظ فى هذا الشأن أن القانون فى المادة ١٠٤٧ لا يسمح للدائن المرتهن بالاعتراض على أعمال الراهن المتعلقة بالعقار إلا إذا كان من شأنها أن تنقص الضمان انقاصاً كبيراً ، وقد روعى فى اضافة هذا الوصف ماقد يفضى اليه تدخل الدائن المتكرر من إرهاق أو إعنات للراهن (٣) .

على أننا آثرنا من قبل ألا نقف عند المعنى الحرفى لعبارة الإنقاص الكبير . وإنما يبدو لنا وجوب تقريبها من نص المادة ١٠٤٨ /٣ التى تقضى بأنه إذا »

---

(١) أوبرى ورو جزء ٣ بند ٢٨٦ ص ٥٨٢ .

(٢) يلاحظ فى هذا الشأن أن خير وسيلة فعالة تجنب الدائن جهد التتبع ونفقاته ، هى أن يشترط فى عقد الرهن منع الراهن من التصرف . وهو شرط جائز ما دام الباعث عليه مشروعا ، والمدة المحددة له معقولة . وهذا هو ما تلجأ اليه دائما بيوت الائتمان العقارى ، وما يرد دائما فى عقود بيع الأراضى الخاصة التى تبيعها مصلحة الأملاك إلى الأفراد ، ضمانا لاستيفاء الثمن المقسط وبذلك تتفادى تتبع العقار إذا ما اضطرت إلى التنفيذ عليه بمقتضى حق امتياز البائع .

(٣) راجع ما سبق بيانه فى التزام الراهن بضمان سلامة الرهن فقرة ٧٢ ، وحقه فى استغلال العقار المرهون فقرة ٧٤ .

وقعت أعمال من شأنها أن تعرض العقار المرهون للهلاك أو التلف أو تجعله غير كاف للضمان ، كان للدائن أن يطلب إلى القاضى وقف هذه الأعمال واتخاذ الوسائل التى تمنع وقوع الضرر » .

وبذلك يكون معيار تدخل الدائن المرتهن فى ايقاف أعمال الراهن ، أو المطالبة بسقوط الأجل إذا كان تصرفه قانونيا وتم شهره فأصبح نافذا ؛ هو مدى كفاية الضمان . ويستطيع القاضى ، مستهديا بهذا المعيار أن يستخلص من ظروف الواقع ، أثر تصرف الراهن على كفاية الضمان المقرر للدائن . فاذا قدر أن التصرف أفضى إلى عدم تمكين الدائن من استيفاء حقه ، جاز له الحكم بسقوط الأجل ، أو استكمال الضمان للحد الذى يصون حق الدائن (الفقرة الأولى من المادة ١٠٤٨) (١) .

٨١ — التصرفات التى تنتقص من الكيان المادى للعقار :

نعنى بالتصرفات التى تصيب الكيان المادى للعقار تلك التى يترتب عليها زوال الصفة العقارية عن بعض أجزائه واعتبارها من المنقولات . هذه التصرفات تظهر خطورتها على حق الدائن المرتهن . فهى من ناحية تضعف القيمة الاقتصادية للعقار فتؤدى إلى إضعاف الضمان ، ومن ناحية أخرى تثير النزاع بين الدائن المرتهن والمتصرف إليه .

أما إضعاف الضمان فأمره هين ، لأن الجزاء العام يسعف الدائن بشأنه ، فيخول له المطالبة بإسقاط الأجل وحلول استحقاق الالتزام . ولكن ماذا يكون الحال إذا لم يرغب الدائن فى سقوط الأجل ، بل أراد المحافظة على الضمان كما هو . بل وقد يطالب بسقوط الأجل والتنفيذ على العقار بكافة عناصره دون نقصان . فإلى أى مدى يثبت له الحق فى ايقاف مثل هذه التصرفات والمحافظة على الكيان المادى للعقار ، وبالتالى صيانة كيانه الاقتصادى .

هنا يتعين علينا أن نتأمل فى تصرفات ترد على ما يسمى بالمنقولات بحسب المآل ، ثم تلك التى تتناول العقارات بالتخصيص .

---

(١) الجزء السابع من مجموعة الأعمال التحضيرية ص ٥٠ .

٨٢ - التصرفات الواردة على منقولات بحسب المآل :

تنصب هذه التصرفات على عقارات بطبيعتها بحكم التصاقها بالأرض . ولكن إرادة المتعاقدين اتجهت إلى إزالة الصفة العقارية عنها .

وقد مضت الاشارة إلى أن قانون المرافعات عامل المزروعات القائمة والثمار المتصلة معاملة المنقول رغم كونهامن قبيل العقارات بحكم اتصالها بالأرض(١) واستجاب التقنين المدنى إلى هذا الاتجاه أيضاً . فاعتبر كل امتياز يرد عليها فى عداد الامتيازات الواردة على المنقول (٢) .

بينا بشأن هذه الثمار أن الراهن يملك التصرف فيها قبل جنيها بوصفها من المنقولات ، وذلك تطبيقاً لحريته فى استغلال العقار المرهون ، والاستئثار بثمراته . هذه الحرية لا تتقيد إلا بتسجيل تنبيه نزع الملكية ، حيث يتعلق حق الدائن بالثمار بقوة القانون .

ولكن الأمر يدق بالنسبة إلى غير الثمار ، ويدور البحث بشأنها حول حق الراهن فى وصف بعض الأشياء بأنها منقولة رغم اتصالها بالأرض اتصال قرار ، وحكم النزاع الذى قد يقع بين الدائن المرتهن والمتصرف إليه .

من ذلك مثلا أن يبيع الراهن منزلا بقصد هدمه وحصول البائع على أنقاضه ، أو يتصرف فى أشجار بقصد قطعها . وليس المقصود هنا القطع الذى له صفة الدورية والتجدد فهو يخضع لحكم الثمار ، وإنما نعنى به الذى يتم فى أوقات غير دورية فيصيب العقار فى جوهره . كذلك أيضاً يدخل فى عداد هذه التصرفات بيع كمية من الأحجار بقصد استخراجها من محجر .

---

(١) راجع فيما تقدم فقرة ٧٨ .

(٢) جاء فى المادة ١١٤٢ أن المبالغ التى تصرف فى البذر والسماد وغيره من مواد التخصيب والمواد المقاومة للحشرات المنصرفة فى أعمال الزراعة والحصاد يكون لها امتياز على المحصول التى صرفت فى إنتاجه . وكذلك تقرر م ١١٤٣ أن امتياز مؤجر الأرض الزراعية يقع على المحصول ، وكل هذه امتيازات واقعة على منقول .

استقر الفقه الحديث على تمكين الإرادة من تغيير الوصف القانونى للأشياء، وذلك باتجاهها إلى خلع الصفة المنقولة على عقارات حالية ، وبشرط أن تظهر نية المتعاقدين بصفة جدية فى تخير هذا المصير المستقبل (١) .

على أن مثل هذه التصرفات المتقدمة تسىء إلى مركز الدائن المرتهن بإضعاف الضمان الذى يعتمد عليه ، ولذا يدور البحث حول سبيل حمايته ، ومدى قدرته على إنكار هذا الوصف الذى انفرد به الراهن مع من تصرف إليه .

اتجه الرأى الأول يسنده قضاء محكمة النقض الفرنسية حتى الآن إلى أن بيع المنقولات بحسب المآل هو بيع منقول فيما بين المتعاقدين ، وبيع عقارى بالنسبة إلى الغير . ومن ثم يلزم لسريانه فى مواجهة الدائن المرتهن أن يكون مسجلا قبل قيد الرهن شأنه فى ذلك شأن أى تزاحم بين تصرفات قانونية ترتب على العقار حقوقاً عينية (٢) .

هذا الرأى محل انتقاد، لأنه يجعل للتصرف المتقدم طبيعة مركبة . بل ويعطى للشىء الواحد وصفين مختلفين . ولا يصح لتأييده القول بأن أثر الاتفاقات لا يتعدى أطرافها . فالأمر هنا لا يتعلق بالاحتجاج على الغير بالالتزامات الواردة فى العقد ، والتى يكون أثرها قاصرا على المتعاقدين . وإنما يتصل بوصف ورد على شىء بحكم المصير الذى سيؤول إليه. وبالتالى فانطلاق أثر هذا الوصف ينصب على واقعة معينة هى الوصف الارادى للشىء بحكم المصير

---

(١) أنظر فريجافيل « المنقولات بحسب المآل » رسالة من باريس سنة ١٩٢٧ ص ٢١٦ وما بعدها — سان الارى انسكلوبيدى داللوز الجزء الثانى ص ٨٤٠ بند ٤٤ وما بعده — بلانيول وريبير وبيكيه جزء ١٣ بند ٩٠١ . راجع أيضا اسماعيل غانم محاضرات فى النظرية العامة للحق ص ٨٧ ، ودروسه فى الحقوق العينية الأصلية الاسكندرية ١٩٥٣ « على الآلة الكاتبة » ص ٣٠ — حسن كيره الحقوق العينية الأصلية جا فقرة ٣٢ وما بعدها .

(٢) نقض فرنسى ٢٨ نوفمبر ١٩٤٩ سيرى ١٩٥٠ القسم الأول ص ١٠٠ ، ٧ يناير ١٩٤٧ داللوز ١٩٤٧ ص ١٩٧ ، وانظر أيضا المجلة الفصلية للقانون المدنى ١٩٥٠ ص ٢٠٣ .

الذى سيؤول إليه ولا يتناول الالتزامات التى يتضمنها العقد (١) .

وقد ذهب جانب آخر من الفقه (٢) إلى أن التزاحم الذى ينشأ بين الدائن المرتهن ، وبين المتصرف إليه هو تزاحم بين حق عينى عقارى ، وحق منقول ، باعتبار أن الأساس فى تحديد طبيعة الحق هى بالوصف الذى يعطى لمحله . ولذا فالعبرة بشأنه هى الأسبقية فى التاريخ .

هذا الرأى الأخير يصلح أساساً لتفصيل ما نريد أن نقدمه من أحكام ، وقوامها التفرقة بين تصرف الراهن الذى يقع قبل تقرير الرهن ، وذلك الذى يتم بعد هذا التاريخ . على أن تلك الأحكام تبدأ من أساس هام ، وهو الاعتراف للارادة بسلطان فى تغيير الوصف القانونى للأشياء ، مادامت النية صادقة فى إدراك هذا الوصف ، وكانت ظروف الاتفاق تنبىء وتؤدى إلى تحويل أجزاء من العقار إلى منقولات (٣) .

وقوع التصرف فى تاريخ سابق على الرهن : الفكرة الأساسية فى اعتبار العقار منقولات بحسب المآل هى اتجاه إرادة المتعاقدين إلى تقرير هذا الوصف . والقاعدة العامة التى تحكم انتقال ملكية المنقول وردت فى المادة ٢٠٤ من التقنين المدنى . ويستفاد منها أن المنقول إذا كان معينا بالذات انتقلت ملكيته فور نشأة العقد . أما إذا كان التعيين نوعياً فقط ، فلا تنتقل الملكية إلا بالإفراز . هكذا تتحدد المشكلة التى أمامنا . وقوامها هل يعتبر التصرف فى عقار بوصفه من

---

(١) فايل « نسبية آثار الاتفاقات فى القانون الخاص الفرنسى » رسالة من ستراسبورج ١٩٣٨ ص ٢٦٥ – راجع فى هذا المعنى ايضا حسن كيره المرجع السابق ص ١١٠ . وهو يقرر أنه إذا كان من الثابت أن العقار يمكن أن يكتسب وصف المنقول بالمآل اذا توافرت شروط هـــذا الاكتساب ، فان هذا الوصف ليس بالوصف النسبى الذى يقتصر سريانه على المتعاقدين وحدهما . وإنما هو وصف يسرى كذلك فى حق الغير على السواء .

(٢) جان مارى أوسيل « دراسة فى معنى الغير فى القانون المدنى الفرنسى » رسالة من تولوز ١٩٥٢ ص ١٣٢ .

(٣) وعلى هذا النحو لا يصدق هذا الوصف على مجرد بيع منزل وتوافر النية الاحتمالية لهدمه . ومن باب أولى لا يقوم له وزنا إذا قصد به التهرب من رسوم التسجيل . والمعيار الدقيق فى هذا الشأن هو الشروع فعلا فى عملية الهدم ، أو البدء بقطع الأشجار وانتزاع الأحجار .

المنقولات بحسب المآل تصرفاً فى عقار ، فلا يسرى فى مواجهة الدائن المرتهن إلا إذا كان مسجلا قبل قيد الرهن . أم أنه يعتبر تصرفاً وارداً على منقول فيأخذ حكم مثل تلك التصرفات . وبعبارة أخرى ما هو مدى سلطان الإرادة فى تغيير الوصف القانونى للأشياء ، وتأثر حق للدائن المرتهن بهذا الوصف .

إذا ورد تصرف الراهن على شىء غير معين بالذات . فالأمر هنا يسير مرده إلى تطبيق القواعد العامة فى الالتزام (١) .

ومثال ذلك أن يبيع الراهن كمية من الأحجار بقصد اقتطاعها . نكون فى هذا الصدد أمام تعيين نوعى للمبيع ، ينقصه الإفراز حتى تنتقل الملكية . هذا التصرف لا ينفذ فى حق الدائن المرتهن إلا إذا كان على علم به . أى يشترط أن يكون الدائن على بينة من أن الراهن تعاقد مع الغير على اقتطاع أحجار من العقار . هذا الشرط يستفاد من القواعد العامة فى انتقال التزامات السلف إلى الخلف الخاص . ويكفى أن يساق فى هذا الشأن نص المادة ١٤٦ الذى يقضى بأنه إذا أنشأ العقد التزامات وحقوق شخصية تتصل بشىء انتقل بعد ذلك إلى خلف خاص ، فإن هذه الالتزامات والحقوق تنتقل إلى هذا الخلف فى الوقت الذى ينتقل فيه الشىء ، إذا كان من مستلزماته وكان الخلف الخاص يعلم بها وقت انتقال الشىء إليه (٢) .

غنى عن البيان أن الدائن المرتهن إذ يتلقى حقا عينيا على الشىء يصدق عليه وصف الخلف الخاص ، وبالتالى فهو يتأثر بالحقوق والالتزامات الشخصية المتصلة بالشىء الذى اكتسب عليه حقه بشرط أن يكون على بينة من وجودها . واشتراط العلم على النحو المتقدم يجنب الدائن المرتهن مخاطر المفاجأة ، بظهور شخص يدعى أنه اشترى كمية من الأحجار من جوف العقار فينتقص بذلك من قيمة التأمين .

---

(١) ويلاحظ فى هذا الفرض أن التصرف لا يتولد عنه حق عينى للمتصرف اليه مادام الشىء لم يتم افرازه . وإنما يقتصر الأمر على نشوء حق شخصى للمتصرف اليه قبل المتصرف .

(٢) انظر فى هذا المعنى اسماعيل غانم النظرية العامة فى الحق . ص ٩٨ — حسن كيره المرجع السابق ص ١٠٨ .

هذا هو حكم تصرف الراهن إذا ورد على شيء معين غير محدد بالذات ، ولكنه معين بالنوع . ولكن تزداد المسألةدقة إذا ورد تصرفالراهن على شيء معين بذاته ، كما لو باع منزلا بقصد هدمه وحصول المشترى على أنقاضه ، وحدد المنزل المراد هدمه . هنا وطبقاً للقواعد العامة فى الالتزامات تنتقل الملكيـة فور التعاقد (م ٢٠٤ مدنى) ؟

ولكن الواقع أن هذا المنزل لا زال عقارا متصلا بالأرض ، ومن ثم يبدو أنه ليس من العدالة أن نقرر بصفة مطلقة سريان هذا البيع ، باعتباره قد ورد على منقولات معينة بالذات على الدائن المرتهن . لأن اتجاه إرادة الراهن والمتصرف إليه إلى تغيير صفة العقار وافتراض أنه منقول على أساس مصيره المستقبل . لا ينبغى أن يضر بحق الدائن المرتهن الذى تقرر رهنه وهو مطمئن إلى الواقع الملموس بوجود هذا المنزل ، والتحاقه بالأرض بوصفه من العقارات بقوة القانون .

ليس للقضاء المصرى فيما أعلم توجيهات فى هذا الصدد . وقد ذهب القضاء الفرنسى فى أحدث أحكامه إلى أن بيع العقار على أنه منقول بالمآل لا يحتج به على الدائن المرتهن إلا إذا كان مسجلا قبل قيد الرهن (١) . أى أنه يخضع لأحكام بيع العقار . وقد استهدف هذا القضاء لنقد من الفقه الغالب ، فأخذ عليه ، كما مضت الاشارة ، تقرير طبيعة مزدوجة لتصرف واحد . إذ أنه يقرر أننا بصدد بيع منقول بين المتعاقدين وبيع عقار بالنسبة إلى الغير .

ولعله من اليسير الاهتداء إلى حل يحقق حماية الدائن المرتهن على ضوء ما قدمناه بشأن البيع الوارد على شيء غير معين بالذات . فقد علمنا أن هذا البيع الأخير إذ يرتب مجرد التزامات شخصية لا ينفذ فى حق الدائن المرتهن بوصفه خلف خاص ، إلا إذا كان على علم بتقرير حق المتصرف إليه . أما هنا ، وبمناسبة البيع الوارد على شيء معين بالذات ، فنحن بصدد بيع نقل

---

(١) نقض فرنسى ٢٨ نوفمبر ١٩٤٩ سيرى ١٩٥٠ قسم ١ ص ١٠٠ ، ٢٧ يناير ١٩٤٧ دالloz ١٩٤٧ ص ١٩٧ .

الملكية فعلا إلى المشترى . وإنما يراعى من ناحية أخرى أننا أمام تغيير لطبيعة الشيء وقع باتجاه إرادة المتعاقدين إلى ذلك. هذا التغيير الإرادى لوصف الأشياء لا ينبغى أن يضر بالغير فيحتج به عليهم ، إلا إذا كانوا على علم به .

فإن كنا أعفينا الراهن والمتصرف إليه من تسجيل بيع ورد على منزل بقصد هدمه والحصول على أنقاضه ، فلا أقل من أن نقرر للدائن المرتهن الحق فى اعتبار هذا المنزل عقاراً مادام أنه يجهل هذه الارادة .

أما إذا كان على علم بالتصرف فهنا تنتفى الحكمة من حمايته ، فهو إذ تعامل مع الراهن كان على بينة من مصير العقار ، ومن ثم لم تهدر ثقته المشروعة ، ولم يفاجأ بإنقاص أو إضعاف تأمين عقارى اعتمد عليه(١) .

بقيت مسألة هامة تتصل بتقدير علم الدائن المرتهن بوجود هذا التصرف . هل يكفى مجرد إفراز أجزاء العقار التى اتجهت إرادة الأفراد إلى نزعها ، بوضع علامات عليها مثلا . اتجه الفقه الراجح فى فرنسا إلى القول بأنه حتى هذه اللحظة تكون حيازة المتصرف إليه مشوبة باللبس والغموض . ومن ثم فمجرد الإفراز لا يكفى لتوافر علم الدائن المرتهن بوجود حق المشترى لمنقولات بحسب المآل ، وعلى هذا النحو فللدائن أن يباشر حقه على العقار بكافة ما يتضمنه من سلطات . ذلك أن الإفراز على النحو المتقدم لا يمنح إلا حيازة رمزية ، وهى فى غموضها لا تنهض وحدها حجة لافتراض علم الدائن المرتهن بالتصرف(٢)

(١) فى هذا المعنى اسماعيل غانم دروس فى الحقوق العينية الأصلية الاسكندرية ١٩٥٣ ص ٣٣ .

(٢) بلانيول وريبير وبيكيه جزء ١٣ ص ١٦٠ — موريل « محاضرات فى آثار الرهن » ص ١٦٨ . أنظر أيضا بودان وفوادان جزء ٤ رقم ١٠٩ . راجع حسن كيره المرجع السابق ص ١١١ فى تفصيل بيع المنقول بالمآل بصفة عامة. وهو يقرر أن هذا البيع لا يحتج به فى مواجهة الغير إلا إذا كان مشتريه حائزا له وقت ترتب حقوق الغير . والمقصود بالحيازة هنا وجود أعمال مادية ظاهرة تدل عليها ، بأن يكون المشترى قائما بما يتطلبه تحويل العقار المعتبر منقولا بالمآل إلى منقول بالطبيعة من فصله عن أصل ثباته واستقراره . وتقوم الحيازة بوصفها المتقدم بمهمة العلانية الفعلية الكافية لتنبيه الغير وحمايته . وميزة هذا الرأى هو توفير الحماية للغير دون اشتراط التسجيل ، الأمر الذى يتأدى بنا إلى تقرير طبيعة مزدوجة لشىء واحد بالنسبة للمتعاقدين وفى مواجهة الغير .

لذلك يشترط حتى يعتبر المتصرف إليه حائزاً جديراً بالحماية ، ويفترض أن الدائن المرتهن على علم بحقه ، أن يكون المتصرف إليه قد شرع فعلا فى هدم البناء ، أو استخراج المعادن والأحجار ، أو قطع الأشجار .

وقوع التصرف بعد تقرير الرهن: هنا لا تعرض الصعوبات المتقدمة . إذ نكون بصدد تصرف ينتقص من الكيان المادى للعقار . فلا جدال إذن فى أنه يضر بحق الدائن المرتهن ويضعف التأمين . وبالتالى فأول ما يثبت له من حقوق هو التمسك بسقوط الأجل . فاذا لم يتخير ذلك فله وفقاً للمادة ١٠٤٧ ، والفقرة الثالثة من المادة ١٠٤٨ أن يطلب إلى القاضى وقف أعمال الهدم أو القطع ، وله إن مست الحاجة فى أحوال الاستعجال أن يتخذ ما يلزم من وسائل تحفظية كتعيين حارس . إذ ما دامت المنقولات لا زالت بعد انتزاعها موضوعة فى العقار ، يستطيع الدائن المرتهن أن يتدخل لمنع نقلها .

لكن ما هو الحكم إذ انقلت هذه المنقولات وتسلمها المشترى فعلا ؟ هل يعتبر حائزاً حسن النية . القاعدة العامة أن الشخص لا يتوافر لديه حسن النية ، إلا إذا حاز الحق وهو يجهل الاعتداء على الغير ، ولا يعتد بالجهل الناشىء عن الخطأ الجسيم (م ٩٦٥ / ١ مدنى) أليس من الخطأ الجسيم إذن أن يقدم شخص على شراء منزل بقصد هدمه دون أن يتحرى عن الحالة القانونية لهذا العقار ، ليطمئن إلى سند ملكية المتصرف ، ومدى تعلق حقوق الغير بالعقار . ولذلك يبدو لنا أن إهمال المشترى فى الكشف عن حالة العقار فى أحد مكاتب الشهر المختصة يعتبر من قبيل الخطأ الجسيم الذى ينفى عنه حسن النية ، وبالتالى يحق للدائن المرتهن أن يعامله على هذا النحو (١) . فإذا كانت المنقولات لازالت فى العقار المرهون ، له أن يمنعه من نقلها . وإن كان قد تسلمها فعلا فله أن يستردها منه(٢) . ولو انتقلت فيما بعد إلى يد حائز حسن النية . ولم يكن دفع

(١) فى هذا المعنى أيضا حسن كيره المرجع السابق ص ١١٢ .

(٢) ويلاحظ فى هذا الشأن أن المتصرف إليه قد يكون حسن النية إذا تم التصرف فى تاريخ سابق على قيد الرهن ، لأنه حينئذ لا يمكن أن ينسب إليه الخطأ فى عدم التحرى عن حالة العقار . على أنه فى هذه الحالة وكما بينا فى المتن ، لا تكفى الحيازة الغامضة بل يجب أن يكون قد شرع فى هدم البناء أو نزع الأشجار واقتطاع الأحجار .

ثمنها . فإن حق الدائن المرتهن يتعلق بهذا الثمن ويستطيع أن يحجزه تحت يد هذا الحائز . وغني عن البيان ، كما سبقت الإشارة إلى ذلك ، أن الدائن له أيضاً أن يتمسك بإسقاط الأجل عن الالتزام المضمون باعتبار أن الراهن قد أتى أعمالا من شأنها إضعاف قيمة التأمين .

يتضح إذن من كل ما تقدم أن حماية الدائن المرتهن لا تتعارض من احترام سلطان الإرادة في تغيير الوصف القانوني للأشياء . فليس ثمت ما يمنع من التصرف في عقار على أنه من المنقولات وذلك استجابة لما سيؤول إليه مصيره في المستقبل القريب . وتكييف هذا التصرف على النحو المتقدم يخضع لتقدير القاضي يستخلصه من انصراف نية المتعاقدين الجدية في تحويل العقار إلى منقولات وتوافر العناصر اللازمة لجعل هذه النية أمراً محقق الوقوع .

على أن كل ذلك لا يسيء إلى مركز الدائن المرتهن الذي تعلق حقه بالعقار وبكل ما اتصل به اتصال قرار . ومن ثم فمثل هذا التصرف إذا وقع قبل تقرير الرهن ، فهو لا يحتج به عليه إلا إذا كان على علم به . وإذا أجرى بعد هذا التاريخ له أن يتخذ كافة الوسائل القانونية للمحافظة على حقه ، ولا يتعرض في هذا الصدد للخطر إلا إذا انتقلت المنقولات فعلا إلى يد حائز اعتصم بحسن نيته ، وحتى في تلك الأحوال له أن يحجز الثمن تحت يده إن لم يكن أداه .

٨٣ - العقارات بالتخصيص .

يمتد حق الدائن المرتهن بحكم القانون إلى المنقولات المخصصة بإرادة المالك لخدمة العقار أو استغلاله . وهي التي تسمى بالعقارات بالتخصيص . ولا يشترط في هذا الشأن أن ينص في عقد الرهن على تعلق حق الدائن المرتهن بها(١)، لأنها

---

(١) أنظر حكم الدائرة المدنية لمحكمة النقض ١٤ يناير ١٩٥٤ مجموعة المكتب الفني لتبويب الأحكام سنة ٥ عدد ٢ ص ٤٢٠ وقد جاء فيه « تعتبر العقارات بالتخصيص ضمن ملحقات العقار ما لم يتفق صراحة على خلاف ذلك . ويقع عبء اثبات هذا الاتفاق على من يدعيه ، فالراهن هو المكلف باثبات أن المنقولات موضع النزاع لا يشملها عقد الرهن » . راجع أيضا ما تقدم فقرة ٥٣ ص ١٦١ .

تأخذ حكم العقار الأصلي بوصفها من توابعه . وإذا أراد الراهن أن يجعل حق الدائن غير شامل لها . وجب النص على ذلك صراحة .

التساؤل الذى يعنينا فى نطاق بحثنا الآن هو مدى حق الراهن فى أن يتصرف فى العقارات بالتخصيص بوصفها منقولات ؟ وكيف يحسم النزاع الذى يقوم بين مشترى هذه المنقولات وبين الدائن المرتهن للعقار ؟ مثال ذلك أن يبيع الراهن آلات زراعية أو مواشى مخصصة لخدمة الأرض . إزالة صفة العقار عنها بالتصرف فيها يمس وعاء الأفضلية ، ويترتب عليه إنقاص الضمان الذى يعتمد عليه الدائن المرتهن . فكيف السبيل إذن إلى حمايته ؟

الفكرة الأساسية التى تحكم العقارات بالتخصيص ، هى أنها اكتسبت الصفة العقارية على سبيل الافتراض وبسلطان إرادة مالك المنقولات والعقار الذى رصدت لخدمته . ومن ثم فتغيير تخصيصها ، باستعمالها استعمالا آخر ، أو بالتصرف فيها ، يخضع فى الأصل لمشيئة المالك . ولكن هذا المبدأ يتقيد حيث يتعلق حق الدائن المرتهن بالعقار . فهو يمتد بحكم القانون إلى العقارات بالتخصيص ، وعلى هذا النحو يؤدى تصرف الراهن فيها إلى إضعاف التأمين والانتقاص منه .

على ضوء تقدير الحكمة من هذا القيد ، لا يجوز للدائن المرتهن أن يعترض على تصرف الراهن فى عقارات بالتخصيص ، إذا قصد به تحقيق منفعة ، أو اضطر إليه لعدم صلاحيتها لأداء الغرض الذى رصدت له . مثال ذلك أن يبيع المواشى أو الآلات المخصصة لخدمة الأرض لاستبدالها بغيرها .

ولكن الأمر يختلف إذا كان فصل العقارات بالتخصيص والتصرف فيها يضعف قيمة التأمين . هنا يحق للدائن المرتهن أن يبدى اعتراضه ، وله فى هذا السبيل عدة وسائل .

فهو يستطيع بطبيعة الحال أن يلجأ إلى الجزاء العام المقرر فى المادة ٢٧٣ فيتمسك بإسقاط الأجل ، ويطالب بالأداء الفورى للالتزام إذا ما توافرت

شروط تطبيق هذه المادة (١) يبدو لنا فى هذا الصدد أن الدائن لا يجوز له الاستعانة بهذا الجزاء إلا بالنسبة إلى المنقولات التى كانت مخصصة لخدمة العقار وقت انعقاد الرهن . أما تلك التى أجرى تخصيصها فى تاريخ لا حق ، فهو لم يعول عليها يوم أن منح ائتمانه للمدين . وبالتالى لا ينبغى أن يحتج بالتصرف فيها للتمسك بسقوط الأجل (٢) .

على أن الدائن ، وأيا ما كان تاريخ تخصيص المنقولات لخدمة العقار ، يستطيع أن يسلك طريقاً آخر ، للمحافظة على التأمين ، وهى رد المدين عن كل محاولة من شأنها الانتقاص منه . وهنا يعرض التنازع فى صورته الحية بين حق الدائن المرتهن وحق المتصرف إليه ، وينبغى لاتخاذ موقف منه أن نفرق بين فرضين .

١ — بقاء المنقولات فى مكان التخصيص : فى هذه الحالة يجوز للدائن المرتهن الاعتراض على نقلها ، والاستعانة بالقضاء للمحافظة على حقه ، واتخاذ ما يلزم من إجراءات فى هذا السبيل كتعيين حارس بصفة خاصة .

هذا الحكم ليس سوى مجرد تطبيق لنص المادة ١٠٤٧ التى تلقى على عاتق الراهن التزاماً بضمان سلامة الرهن ، وتمنح الدائن الحق فى الاعتراض على كل ما يهدده . على أنه تنبغى الإشارة هنا ، كما سبق البيان ، إلى أن لجنة القانون المدنى بمجلس الشيوخ قد قصرت تدخل الدائن على الأحوال التى يترتب فيها على أعمال الراهن إنقاص الضمان إنقاصاً كبيراً . وقد أضيفت هذه الصفة للحد من إسراف الدائنين فى التدخل على نحو يتضمن الإرهاق والعنت (٣) .

---

(١) يشترط لتمسك الدائن المرتهن بسقوط الأجل أن يكون الضمان قد ضعف إلى حد كبير (م ٣/٢٧٣) ومعنى ذلك أن يكون قد ضعف إلى حد أن أصبح أقل من قيمة الدين كما ذكر صراحة فى لجنة المراجعة عند عرض المشروع التمهيدى للتقنين المدنى . راجع ما تقدم فقرة ٧٢ ، وانظر السنهورى الوسيط ﺟ ٣ ص ١١٦ .

(٢) فى هذا المعنى بيدان وفواران جزء ١٣ بند ٣٥٤ ص ٣٦٤ .

(٣) مجموع الأعمال التحضيرية جزء ٧ ص ٥٠ .

وبذلك أصبح القضاء هو صاحب التقدير بشأن خطورة ما يقدم عليه الراهن من أعمال ومدى تأثيرها على قيمة الضمان المقدم للدائن . ولكنه ينبغى أن يراعى فى هذا التقدير أن حق الدائن المرتهن يتعلق بالعقارات بالتخصيص بقوة القانون، وأن الرهن لا يتجزأ فلا يجوز للمدين أن ينفرد بتصرف يفقد العقار عنصراً من عناصره . وهنا نلمس أن الإضافة التى جاءت بها لجنة القانون المدنى بمجلس الشيوخ تصطدم بالقواعد العامة فى الرهن . ولعله كان من الأفضل الإبقاء على الصياغة المقترحة من واضعى المشروع التى كانت قاصرة على إنقاص الضمان دون وصفه بأن يكون كبيراً (١).

وأيا ما كان الأمر فتى ثبت للدائن المرتهن حق الاعتراض على نقل المنقولات، جاز له أن يباشره حتى فى مواجهة المتصرف إليه حسن النية . ولا يستطيع هذا الأخير أن يعتصم بقاعدة الحيازة فى المنقول سند الحائز . فهى لا تصدق عليه إلا إذا حاز المنقولات فعلا حيازة ظاهرة لا غموض فيها (٢) .

ولمحكمة النقض الفرنسية فى هذا الصدد قضاء جدير بالذكر يعبر عن معنى الحيازة الفعلية الواضحة . فقد تصرف صاحب مصنع مرهون فى عقارات بالتخصيص رصدت لاستغلاله . ثم جاء مشترى هذه المنقولات واستأجر المصنع من الراهن ، وأبقى على تخصيصها كما كانت من قبل . على أن ذلك لا ينفى أنها قد تجردت من الصفة العقارية رغم استمرار تخصيصها لخدمة العقار لتخلف شرط اتحاد المالك . فالمستأجر يملك المنقولات ولكنه لا يملك المصنع . ادعى الدائن المرتهن تعلق حقه بالعقارات بالتخصيص ، فاحتج عليه بأنها فقدت هذه الصفة . ومع ذلك قضت محكمة النقض الفرنسية بحقه فى اعتبارها من ملحقات العقار ، رغم زوال صفتها كعقارات بالتخصيص ، وذلك لأن

(١) ولم يكن فى الإبقاء على صياغة واضعى المشروع أى خطر على الراهن . لأنه يستطيع أن يدفع كل تدخل يبدو فيه الإسراف والعنت بالاستعانة بالقواعد العامة فى التعسف فى استعمال الحق حيث قرر المشرع إن استعمال الحق لا يكون مشروعا إذا كانت المصلحة التى يرمى اليها صاحبه قليلة الأهمية لا تتعادل البتة مع ما يعود على الغير من ضرر (م ٥ من التقنين المدنى) .

(٢) راجع فى هذا المعنى حسن كيره المرجع السابق ص ٩٩ .

حيازة المستأجر حيازة غامضة يشوبها اللبس (١) .

٢ — نزع المنقولات من مكان تخصيصها وتسليمها للحائز : لا تثور صعوبة إذا كان هذا الحائز سيء النية ، ففي وسع الدائن المرتهن أن يستردها منه .

أما إذا كان الحائز حسن النية ، وتسلم المنقولات فعلا ، فهنا يصطدم حق الدائن المرتهن بقاعدة الحيازة في المنقول سند الحائز ، ويمتنع عليه تتبعها . ولا يبقى أمامه سوى أن يباشر الأفضلية على ثمنها ، فيحق له أن يحجزه تحت يد المشتري إن لم يكن قد دفعه بعد (٢) .

هذه الأسس التي تحكم تنازع الدائن المرتهن مع المتصرف إليه . على أن ثمت تنازع آخر قد يحدث في العمل نكتفي بالإشارة إليه الآن ، ونحيل في بحثه إلى موضع دراسته . وهو يتعلق بامتياز بائع المنقولات المخصصة لخدمة العقار . فإن لم يكن قد حصل على الثمن ، فهنا يتعارض امتيازه مع حق الدائن المرتهن (٣) .

٨٤ — تواطؤ الراهن مع الغير بقصد الاضرار بالدائن المرتهن :

بقي الآن أن نشير إلى مسألة أخيرة ، وهي حكم تواطؤ الراهن مع الغير بقصد الاضرار بالدائن المرتهن (٤) .

---

(١) نقض فرنسي أول ما يو ١٩٠٦ منشور في دالloz ١٩٠٩ القسم الأول ص ٣٤٥ . راجع أيضا تعليق سان ألارى على حكم محكمة إكس في الأسبوع القانوني ١٩٥٠ القسم الثاني ص ٥٥٧١ . وانظر بيير رينو انكلوبيدى داللوز جزء ٢ ص ٩١٩ بند ٢٢٢ وما بعده .

(٢) وقد رددت المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدي هذه الأحكام بقولها « إذا نزع الراهن شيئاً من العقار المرهون أو من ملحقاته كما إذا باع مواشي كانت قد خصصت لخدمة الأرض المرهونة فوقعت في حيازة مشتر حسن النية ، ملكها بالحيازة خالصة من الرهن ، ويكون للدائن المرتهن حق الرجوع على الراهن بالضمان . أما إذا لم يتسلمها المشتري وهو سيء النية ، فإنها تبقى مثقلة بحق الرهن » مجموعة الأعمال التحضيرية جزء ٧ ص ٤٩ . أنظر أيضا بلانيول وريبير وبيكيه جزء ١٣ بند ٩٠٢ . حسن كيره المرجع السابق الاشارة السابقة .

(٣) أنظر ما يلي في دراسة وعاء الأفضلية التي يتمتع بها الدائن المرتهن ، وامتياز بائع المنقول في الباب المخصص لحقوق الامتياز .

(٤) راجع فيما تقدم في أثر الغش على تصرفات الراهن الفقرات ٦٨ مكرر ، ٧٦ ، ٧٧ ، ٧٨

تعرض هذه المسألة بصدد التصرفات القانونية التى يعقدها الراهن فى حدود سلطاته ، دون أن يكون للدائن المرتهن الحق فى الاعتراض عليها . من ذلك مثلا أن يؤجر العقار مدة تتجاوز تسع سنوات ويسجل هذا الإيجار قبل قيد الرهن ، أو يعقده لمدة تقل عن تسع سنوات وبتاريخ ثابت قبل تسجيل تنبيه نزع الملكية ، أو يقبض أجرة معجلة عن ثلاث سنوات ويحصل على مخالصة ثابتة التاريخ قبل تسجيل تنبيه نزع الملكية ، أو يبيع ثماراً متصلة قبل جنيها . أو يتصرف فى عقارات بالتخصيص فى تاريخ سابق على انعقاد الرهن .

كل هذه التصرفات المتقدمة يثبت للراهن كقاعدة عامة الحق فى إجرائها لأنها تدخل فى نطاق سلطاته . ومع ذلك فقد تتم بقصد الإضرار بالدائن المرتهن وتعقد بالتواطؤ مع الغير على إدراك تلك الغاية . هنا يتوافر الغش ، ويتعين النظر فى أمر تلك التصرفات . والمألوف دائما أن من يرتكب الغش لا يفصح عنه فى وثيقة قد تؤخذ عليه . ولعل ذلك هو طابع الغش وموطن خطورته . فهو يكمن فى رداء مشروع يخفى به الشخص موقفه ، ويستعين على إدراك غايته بتصرف قانونى تتوافر فيه عناصر الصحة والسلامة . فيظهر على هذا النحو خالياً من شبهة الطعن من ذلك مثلا أن يعقد الراهن قبل قيد الرهن إيجاراً طويل الأجل بالتواطؤ مع الغير : وذلك بقصد وضع عقبات فى سبيل بيع العقار المرهون إذا شرع الدائن فى التنفيذ عليه . أو يعقد ايجار ثابت التاريخ قبل تسجيل تنبيه نزع الملكية ، ولكنه بأجر بخس . وقد يستشعر الراهن قرب التنفيذ على العقار فيبادر بقبض أجرة معجلة عن استحقاق ثلاث سنوات ، ويثبت تاريخ المخالصة ليخلع عليها صفة شرعية ، وكذلك الحال أيضاً فى بيع الثمار المتصلة قبل جنيها وقبض ثمنها .

استقر الفقه والقضاء فى فرنسا (١) على جواز الطعن فى مثل هذه التصرفات. وذهب فقه قديم تسنده أحكام محكمة النقض إلى تأصيل هذا الطعن بالرجوع إلى أحكام الدعوى البوليصية (٢) وقد استند هذا الاتجاه إلى أن هذه الدعوى لا يستعان بها فقط حيث يكون اعسار المدين عاما . بل يجوز تخصيص معنى الاعسار فى علاقة المدين بدائن معين بالذات وبشأن عين محددة بالذات . إذ يجوز لهذا الدائن الطعن فى تصرف المدين بعدم النفاذ ، إذا كان من شأن هذا التصرف المساس بالضمان الخاص المقرر للدائن على الشىء محل التصرف. ولا يؤثر على جواز استخدام الدعوى البوليصية فى هذه الصورة أن يكون المدين غير معسر بالمعنى العام للاعسار ، لأن الدائن قد لحقه الضرر من تصرف المدين ، وهذا وحده يكفى لتحريك الدعوى البوليصية فى هذا الخصوص .

وقد لاقى هذا الاتجاه الغريب اعتراض جمهور الشراح فى فرنسا (٣) والواقع أن الاستناد للدعوى البوليصية فى مثل هذه الصور غير جائز . ويصدق ذلك فى مصر بصفة خاصة . حيث خضعت هذه الدعوى لتنظيم تشريعى مفصل ، يفيد صراحة أن الاعسار الوحيد الذى يجيز تحريك الدعوى البوليصية هو الاعسار الذى تزيد فيه ديون المدين عن حقوقه . أما هذا الاعسار الخاص المزعوم ، فهو خروج بالدعوى البولصية عن نطاق تطبيقها ، وابتداع لشرط لا وجود له فى نص القانون .

وذهب فريق آخر من الشراح فى فرنسا بشأن جواز الطعن فى تصرفات الراهن السابق ، إلى أن تواطؤ الراهن مع الغير يخضع للقواعد العامة فى المسئولية التقصيرية . فالغش يحقق ركن الخطأ فى المسئولية ، وإضعاف

---

(١) راجع بصفة خاصة فى هذا الموضوع جوزيه فيدال « دراسة فى النظرية العامة للغش » رسالة من تولوز نشرت بباريس سنة ١٩٥٧ ص ٢٢٤ وما بعدها .

(٢) روج لهذا الاتجاه جروبيه فى رسالته عن الدعوى البوليصيه فى القانون المدنى الفرنسى المعاصر سنة ١٩١٣ . وقد اطلعنا على وجهة نظره فى رسالة فيدال المشار اليها سابقاً . انظر أيضا نقض فرنسى (الدائرة الاجتماعية) ١٩ ديسمبر سنة ١٩٤١ منشور بمجلة الاسبوع القانونى سنة ١٩٤٢ ص ١٨٠٩ مع تعليق بيكيه .

(٣) بلانيول وريبير وردوان ح٧ فقرة ٩٣٨ - مدام سيناى فى مقالها عن «الدعوى البوليصية والمسئولية التقصيرية على ضوء القضاء الحديث » المجلة الفصلية للقانون المدنى سنة ١٩٤٨ ص ١٨٣ وما بعدها

الضمان يوفر ركن الضرر . وبالتالى يكون خير طريق للتعويض هو القضاء بعدم نفاذ التصرف فى مواجهة الدائن المرتهن (١) .

على أننا نأخذ على هذا التأصيل عدم توفير الحماية الكاملة للدائن المرتهن . ذلك أن طريقة التعويض يترك للقضاء أمر تقديرها ، ومن ثم فالقاضى مخير بين الحكم بعدم نفاذ تصرف الراهن ، أو الاكتفاء بمجرد تعويض نقدى تطبيقاً لأحكام القواعد العامة فى المسئولية التقصيرية .

ومن أجل هذا نميل إلى تأييد ما يذهب إليه اتجاه سائد فى الفقه الفرنسى ، وهو التسليم بجواز الطعن فى تصرفات الراهن المشوبة بالغش ، مع تأصيل هذا الحكم على أساس تطبيق شامل للمبدأ العام الذى يقضى بأن الغش يفسد كل أمر ، باعتباره من المبادىء الاساسية التى تحكم التنظيم القانونى فى الجماعة(٢)

فالراهن الذى يستخف بمصلحة الدائن المرتهن ، فيعمل على إهدار الضمان المخصص له بإهلاكه أو إتلافه يحاسبه القانون بتجريده من الأجل الممنوح له أو إلزامه بتقديم تأمين كاف بدلا منه (م١٠٤٧ مدنى) ، بل وينتصر المشرع لحماية الدائن فيجيز له طلب معاونة القضاء فى وقف كافة الأعمال التى تهدد الضمان وتجعله غير كاف (م ١٠٤٨ /٣مدنى) .

ولئن كان هذا هو موقف المشرع إزاء التقصير أو الخطأ المفضوح من جانب الراهن ، فالأولى هو تقرير جزاء عام رادع على تصرفات الراهن التى تتستر فى اطار مشروع ، ولكنها تنعقد بالتواطؤ مع الغير مشوبة بالغش ، ذلك أن مثل هذا الراهن يستخف بقواعد القانون الآمرة ، ويستعين على تحقيق

---

(١) انظر فى هذا المعنى روراست « الأصول العرفية فى نظرية الالتزامات » محاضرات دكتوراه بكلية حقوق باريس سنة ١٩٥٤ ص ١١٥ .

(٢) راجع بصفة خاصة فى هذا الصدد بحثنا عن أثر الغش على الأسبقية فى التسجيل ومحاولتنا لوضع نظرية عامة فى الغش بحث أعد للنشر بمجلة الحقوق بالاسكندرية. وانظر ماسبق فقرة ٦٨ مكرر ، ٧٦ حيث عرضنا لتأصيل هذا المبدأ ، وتبرير جواز الأخذ به دون نص فى القانون ، وسموه من حيث مرتبة الاهمية على القواعد القانونية الواردة فى النصوص .

مآربه بوسائل قانونية تفلت من الجزاء الذى تقرره النصوص الوضعية (١) والواضح أن أى تصرف من التصرفات السابقة يؤدى إلى اضعاف الضمان الخاص ، وهو أمر يمنعه المشرع صراحة كما تقدم البيان (٢) .

وقد بذل الفقه الفرنسى جهدا مشكورا فى سبيل إعمال مبدأ أن الغش يفسد كل أمر دون استناد إلى نص وضعى .اذ أن هناك أصولا قانونية عريقة تسمى بالمبادىء العامة ، وهى الموجهات العامة التى تنساب منها مجموعة الحلول الوضعية التى ترد فى نصوص القانون (٣) .

وبهذه المثابة تمثل المبادىء العامة الأصول الجوهرية للتنظيم القانونى القائم أو كما يسميها الاستاذ جورج ريبير هى القواعد الكبرى التى تتولى المحافظة على النظام الأساسى (٤) .

---

(١) أنظر حكم الدائرة المدنية لمحكمة النقض فى ٩ فبراير سنة ١٩٥٦ مجموعة المكتب الفنى السنة السابعة رقم ٢٣ ص ١٦٨ . وقد جاء فيه أن « قاعدة الغش يبطل التصرفات هى قاعدة قانونية سليمة ولو لم يجر بها نص خاص فى القانون ، وتقوم على اعتبارات خلقية واجتماعية فى محاربة الغش والخديعة والاحتيال وعدم الانحراف عن جادة حسن النية الواجب توافره فى المعاقدات والتصرفات والاجراءات عموما صيانة لمصلحة الأفراد والجماعات » . ولعله ليس من اليسير التوفيق فى اختيار صياغة أصدق تعبيرا من عبارات محكمة النقض للاستدلال على أصالة هذا المبدأ فى الفكر القانونى المعاصر .

(٢) راجع ما تقدم فقرة ٧٢ .

(٣) انظر فى هذا المبدأ ، وبيان عناصر تطبيقه والجزاء الذى يصيب مرتكب الغش ، بحثنا المشار اليه آنفا .

(٤) القوى الخالقة للقانون ص ٣٤٥ .

المبحث الثانى

فى الأفضلية

(علاقة الدائن المرتهن بغيره من الدائنين)

٨٥ — الأفضلية سلطة أساسية ملازمة لكافة الحقوق العينية التبعية :

قدمنا أن الحق العينى يخول للدائن الذى تقرر لصالحه أن يستوفى دينه من المقابل النقدى لشىء مادى معين بالذات . مفضلا على سائر الدائنين العاديين والدائنين المزودين بتأمينات عينية التالين له فى المرتبة . هذه السلطة تكفل للدائن المرتهن تحقيق الهدف من الضمان الخاص ، فهى تؤمنه خطر إعسار المدين ، وتجنبه الخضوع لقاعدة المساواة بين الدائنين . تلك القاعدة التى تقضى فى حالة الإعسار إلى حصول كل دائن على نصيب من أموال المدين بنسبة قيمة دينه ، وعلى هذا النحو توزع الخسائر بين الدائنين على قدم المساواة .

بذلك يطمئن الدائن المرتهن إلى منح ائتمانه للمدين ، ويقنع بالانتظار حتى يحل أجل الوفاء بالالتزام . فإن امتنع عنه المدين ، جاز للدائن المرتهن وفقاً لما جاء فى الفقرة الأولى من المادة ١٠٥١ أن ينفذ بحقه على العقار المرهون . ويطلب بيعه وفقاً للأوضاع المقررة فى قانون المرافعات .

تنبغى الإشارة فى هذا الشأن إلى حكم سبق بيانه ، وهو أنه لا يجوز للدائن أن يتخذ إجراءات التنفيذ على مال للمدين لم يخصص لوفاء حقه إلا إذا كان ما خصص للوفاء غير كاف ، وعندئذ يكون التنفيذ على غير المال المخصص بأمر على عريضة من قاضى الأمور الوقتية — م ٤٨٩ مرافعات (١) — . ولكن يلاحظ بمناسبة هذا الحكم أنه لا يصدق تطبيقه إذا كان المال المخصص للوفاء ، مقدماً من شخص غير المدين وهو الكفيل العينى . فليس هناك ما يمنع الدائن إن أراد ، أن يسعى أولا إلى أموال مدينه ينفذ على ما يتخيره منها شأنه

---

(١) راجع ما تقدم فقرة ٢٢ .

شأن أى دائن عادى . وليس فى وسع المدين عندئذ أن يرد سعى الدائن ، ويتمسك بالحكم الوارد فى تقنين المرافعات بوجوب التنفيذ أولا على العقار المرهون المقدم من الكفيل العينى . وذلك أن هذا الحكم ينصرف فقط إلى الأحوال التى يكون فيها الرهن قد تقرر على مال مملوك للمدين .

٨٦ — مركز الكفيل العينى فى التنفيذ على العقار المرهون :

من المسائل الدقيقة التى شغلت الفقه زمناً طويلا تكييف المركز القانونى للكفيل العينى . فهو يتميز بطابع خاص ، إذ لا يسأل عن الدين إلا فى حدود القيمة الاقتصادية للعقار المرهون ، ولهذا أثير التساؤل بشأنه .

بذلت محاولات لتأصيل مركزه على أساس الطبيعة العينية لالتزامه . والالتزامات العينية يطلق عليها هذا الوصف فى تقدير أصحاب النظرية التى روجت لها ، لأنها تتركز فى عين معينة بالذات فتلاحقها أينما ذهبت ، وتفنى بفنائها (١) . وبذلك يتجرد الالتزام من نسبته إلى شخص وينتزع وجوده من تعلقه بمال ، وعلى هذا النحو تزول مسئولية حائز هذا المال بمجرد تخليه عنه .

---

(١) روج لنظرية الالتزامات العينية الأستاذ ميشون فى أواخر القرن التاسع عشر فى رسالة عن « الالتزامات العينية فى القانون المدنى » نانسى ١٨٩١ . وقد تلقاها عنه بعض الفقهاء اللاحقين — بونكاز الملحق لمطول بودرى جزء ٥ بصفة خاصة بند ١٧٩ وما بعده . دى جيجلار رسالة من بوردو ١٩٣٧ فى « الالتزام العينى وحقوق الارتفاق » . ويلاحظ أن الفقه الذى اعتنق هذه النظرية لم يتفق على نطاق تطبيقها ، بل إن مؤسسها لم يدخل فيها صورة الكفيل العينى ، باعتبار أنه لم يكن من حقه التخلى عن العقار وهى صفة جوهرية للالتزام العينى فى تقدير هذه النظرية (راجع الملحق لمطول بودرى المرجع السابق بند ١٨٢) . وكان الحقل الخصيب للترويج لها هو بعض الالتزامات المتفرعة عن الحقوق العينية الأصلية كحق الملكية والانتفاع والارتفاق (راجع على سبيل المثال المواد ٨١٣ ، ٨١٤ ، ٨٥٨ من التقنين المدنى) .

وانظر فى نقد هذه النظرية اسماعيل غانم فى أحكام الالتزام حـ ١ فى آثار الالتزام فقرة ٢٢ ومابعدها . وقد لاقت تأييدا من بعض الفقه المصرى (راجع شفيق شحاته فى نظرية الحق العينى — عبد الحى حجازى نظرية الالتزامات الجزء الأول ص ٧٧ وما بعدها) .

ليس فى نيتنا أن نعرض بحثاً مستفيضاً نناقش فيه سلامة هذه النظرية : إذ أن مثل هذا البحث يخرجنا عن نطاق دراستنا . وأيا ما كان الأمر فى تقديرها فهى تحمل إسما يتضمن تناقضاً ظاهراً . إذ عبارة الالتزام تقتضى حتما إسناده إلى شخص يستطيع الدائن أن يجبره على الوفاء به .

لذلك نفضل تأصيل مركز الكفيل العينى بالاستعانة بعنصرى المديونية والمسئولية فى الالتزام . والأساس فى هذا الصدد ، أن كل التزام تتوافر فيه المديونية أو الواجب . على أن ذلك لا يقتضى حتما توافر مسئولية مطلقة عن أداء الالتزام . بل يجوز الحد من هذه المسئولية . وليس فى القواعد العامة ما يمنع مثل هذا الاتفاق(١) .

على ضوء هذا التحديد يمكن القول بأن الكفيل العينى إذ يقدم العقار المرهون تتوافر فيه صفة المديونية فى مواجهة الدائن المرتهن . ولكنه يحدد المسئولية عنها فى نطاق القيمة الاقتصادية للضمان المخصص للوفاء . وبعبارة أخرى ترتكز مديونية الكفيل العينى على مسئولية مادية محددة ، وذلك خلافا للصور المألوفة التى يستند فيها الالتزام على مسئولية شخصية تمتد إلى جميع أموال المدين .

هذا التكييف ييسر تفهم كافة الأحكام التى جاءت فى التقنين المدنى بشأن الكفيل العينى . فهو مدين تابع يتحدد موقفه ببقاء مديونية المدين الأصلى . ولكنه يلتزم بصفة مباشرة ، فلا تتوافر فيه صفة المدين الاحتياطى التى تقوم فى التزام الكفيل الشخصى .

أما خصيصة التبعية فقد عبر عنها المشرع فى الفقرة الثانية من المادة ١٠٤٢ بقوله إن الراهن غير المدين له إلى جانب تمسكه بأوجه الدفع الخاصة به أن يحتج بما للمدين من أوجه دفع متعلقة بأصل الدين ويبقى له هذا الحق ولو نزل عنه المدين ،

وأما خصيصة المديونية المباشرة التى تتجرد من صفة الاحتياط ، فتتمثل فيما

---

(١) راجع فى تفصيل هذا الاتجاه Popa « فكرة المديونية والمسئولية وتطبيقها فى القانون الفرنسى » رسالة من باريس ١٩٣٥ بند ١٨٤ .

جاء فى المادة ١٠٥٠ التى تقرر « إذا كان الراهن شخصاً آخر غير المدين فلا يجوز التنفيذ على ماله إلا ما رهن من هذا المال . ولا يكون له حق الدفع بتجريد المدين مالم يوجد اتفاق يقضى بغير ذلك » .

يستفاد من هذا النص أن الكفيل العينى تتركز مسئوليته فى حدود القيمة الاقتصادية للعقار المرهون فلا تتجاوزها . على أن الدائن إذا شرع فى إجراءات التنفيذ على العقار لاستيفاء حقه ، فلا يحق للكفيل العينى أن يرده عن ذلك ، بحجة وجوب التنفيذ على أموال المدين أولا ، واستنفاد سعيه فى هذا الشأن . لأن الدفع بالتجريد محظور على الكفيل العينى ، وذلك خلافاً للكفيل الشخصى غير المتضامن الذى أجاز له القانون أن يرد مطالبة الدائن ، بإرشاده إلى وجود أموال لدى المدين لابد من البدء فى التنفيذ عليها (١) .

كيف تتم اجراءات التنفيذ فى مواجهة الكفيل العينى: يدب الخلاف فى فقه قانون المرافعات بشأن الطريقة التى يجب اتباعها فى التنفيذ على العقار المقدم من الكفيل العينى . هل يكون فى مركز المدين فيعلن بتنبيه نزع الملكية ويسجل التنبيه على إسمه لتسرى فى مواجهته جميع آثار الحجز ، أم يعتبر بمثابة حائز العقار المرهون فينذر بالدفع أو التخلية ، بعد إعلان المدين بالتنبيه وتسجيله على إسمه على النحو الذى سنفصله فيما بعد ؟ الإجابة عن هذا التساؤل بالغة الأهمية لتعلقها بإجراءات دقيقة قد يفضى تخلفها إلى بطلان آثارها .

لم يعرض تقنين المرافعات لمركز الكفيل العينى فى هذا الصدد ، واكتفى فى نصوصه بذكر المدين والحائز .

وجاءت فى التقنين المدنى إشارة هامة إلى هذا الموضوع فى الفقرة الثانية من

---

(١) يلاحظ أن الكفالة الشخصية إذا اقترنت بالتضامن تنزع عن مديونية الكفيل صفة الاحتياط فيحق للدائن أن يطالبه مباشرة بأداء الدين ، ولا يجوز للكفيل أن يرد سعيه بحجة وجوب البدأ بالتنفيذ على أموال المدين (٧٩٣ مدنى) .

المادة ١٠٥١ التى تقرر «إذا كان الراهن شخصاً غير المدين . جاز له أن يتفادى أى إجراء موجه إليه إذا هو تخلى عن العقار المرهون وفقاً للأوضاع وطبقاً للأحكام التى يتبعها الحائز فى تخلية العقار»

تأثر البعض بهذا الحكم الذى أجاز للكفيل العينى التخلية. على غرار ما هو مقرر لحائز العقار المرهون (١) . فقرر أن إجراءات التنفيذ المتصلة بتنبيه نزع الملكية وتسجيله تتخذ فى مواجهة المدين ، وأن الكفيل لا يوجه إليه إلا إنذار الدفع أو التخلية (٢) .

ذهب إتجاه آخر إلى وجوب إعلان تنبيه نزع الملكية إلى الكفيل العينى وتسجيله باسمه . لأن الدائن المرتهن لا يتتبع العقار تحت يد شخص انتقلت إليه ملكية العقار كما هو الحال بالنسبة للحائز ، وإنما يباشر التنفيذ فى مواجهة الراهن : الذى ارتضى الالتزام بالدين ، وحدد مسئوليته فى نطاق ما قدم من مال . ويدعم هذا الرأى أنه من العبث أن يشتمل التنبيه الموجه للمدين بالدفع على بيان العقار المراد التنفيذ عليه ، وتسجيل التنبيه باسمه ، مادام لا يملك هذا العقار ولم يرهنه ، ولم تكن له به أية علاقة . الوضع الصائب المجدى هو توجيه هذا التنبيه وتسجيله على إسم مالك العقار المرهون (٣) .

هذا الرأى الأخير يستجيب إلى التأصيل السليم لمركز الكفيل العينى . فهو التزم فى مواجهة الدائن المرتهن بأداء الدين إلى جوار المدين ، ولكنه حدد مسئوليته فى نطاق القيمة الاقتصادية للعقار المرهون . فاذا اضطر الدائن للتنفيذ عليه ، وجب القول بتوجيه الاجراءات إلى الكفيل العينى بوصفها منصبة على

---

(١) انظر ماسبق فى دراسة موقف حائز العقار المرهون .

(٢) رمزى سيف فى كتاب التنفيذ بند ٤٠٢ .

(٣) استاذنا المغفور له محمد حامد فهمى ص ٣٥٣ بند ٣٦٧ . ويؤيد هذا الاتجاه أيضا أحمد أبو الوفا فى أجراءات التنفيذ بند ٣١٠ .

المال الذى خصص لأداء الالتزام (١) .

ويتعزز هذا الرأى ايضا بأن تصرف الكفيل العينى فى العقار المرهون يجعل المتصرف إليه فى مركز الحائز ، ويوجب إنذاره بالدفع أو التخلية ، فإذا سجل التنبيه على اسم المدين ، وأغفل الكفيل العينى ، فهنا لا يتيسر لمن يتعامل فى العقار مع المتصرف اليه (قبل تسجيل انذار الحائز ٠) أن يعلم بوجود تنفيذ عقارى وبذلك تنعدم جدوى تسجيل التنبيه ولا تتحقق حكمته ٠ وفضلا عما تقدم فقد لوحظ بحق أن « التنبيه إنما ينطوى على نزع الملكية فيجب أن يوجه إلى من تكون له الملكية أى الكفيل العينى » (٢)

ولا يجوز فى هذا الشأن قياس مركز الكفيل العينى ، على حائز العقار المرهون. ذلك أن هذا الأخير ، كما سنبين بالتفصيل فى دراسته ، لا تتوافر فيه صفة المديونية فهو لم يلتزم أصلا بالدين . ولكن الدائن المرتهن يستطيع أن ينفذ على العقار المرهون إذا انتقلت ملكيته إلى الحائز ، على أساس ما يخول له الحق العينى التبعى من سلطات . فمضمون هذا الحق يجيز تتبع العقار ، ومن ثم يستطيع الدائن التنفيذ عليه بصرف النظر عن انتقال ملكيته إلى شخص آخر . وبعبارة أخرى التنفيذ على العقار تحت يد الحائز لا يستند إلى مديونيته ، وإنما هو نتيجة حتمية للتتبع الذى يكفله الحق العينى التبعى الذى تقرر للدائن المرتهن على العقار (٣) .

---

(١) استجاب مشروع توحيد قانون المرافعات فى الجمهورية العربية المتحدة لهذا الاتجاه فنصت المادة ٦٢١ منه على أنه إذا كان الراهن غير المدين وجب أن توجه اجراءات التنفيذ ابتداء إلى الأول وحده بعد تكليف المدين بالوفاء » . ويلاحظ فى هذا الشأن أن النص المقترح يتأسس على فكرة عدم جدوى توجيه الاجراءات إلى المدين ، ووجوب اتخاذها فى مواجهة الراهن وهو الكفيل العينى. على أنه يلزم اخبار المدين بايداع قائمة شروط البيع عملا بالمادة ٦٣٢ (من المشروع) وتكليف المدين والكفيل بالوفاء وفقاً للقواعد العامة .

(٢) عبد الباسط جميعى مذكرات فى التنفيذ القسم الثانى « موجز فى الحجوز » ص ٩٥ .

(٣) ويلاحظ فى هذا الشأن أن حائز العقار المرهون يجوز له ، خلافا للكفيل العينى ، أن يلجأ إلى إجراءات التطهير وبذلك يتفادى ماقد يفضى اليه حق التتبع من بيع العقار بالطريقة الجبرية . راجع ماسيلى فى دراسة حائز العقار المرهون . وانظر عكس ذلك أحمد أبو الوفا المرجع السابق ص ٦٦٠ هامش ٣ حيث يرى أن الكفيل العينى يجوز له تطهير العقار خلافا للرأى الراجح فى فقه القانون المدنى .

٨٧ - شرط تملك العقار المرهون عند عدم الوفاء :

تنص المادة ١٠٥٢ من التقنين المدنى على أنه « يقع باطلا كل اتفاق يجعل للدائن الحق عند عدم استيفاء الدين وقت حلول أجله فى أن يتملك العقار المرهون فى نظير ثمن معلوم أيا كان . ولكن يجوز بعد حلول الدين أو قسط منه الاتفاق على أن ينزل المدين لدائنه عن العقار المرهون وفاء لدينه » .

يعالج نص هذه المادة حكم شرط التملك عند عدم الوفاء . وهو شرط قد يتضمنه عقد الرهن ، ويقصد به انتقال ملكية العقار المرهون إلى الدائن المرتهن عند عدم وفاء المدين بالالتزام فى ميعاد استحقاقه .

حرص المشرع على تقرير بطلان مثل هذا الشرط إذا اتفق عليه قبل حلول أجل الوفاء بالالتزام . وحكمة هذا البطلان هى الحرص على حماية الراهن ، الذى قد تدفعه الحاجة الملحة إلى المال أن يذعن لرغبة الدائن ، فيقبل نقـــل ملكية العقار المرهون إليه إذا عجز عن الوفاء فى الأجل المحدد . ويزيد الأمر الخطورة أن قيمة العقار المرهون تتجاوز فى كثير من الأحيان قدر الدين المضمون . وبذلك يحقق الدائن المرتهن كسبا غير مشروع على حساب المدين وغيره من الدائنين العاديين. إذ يصبح مثل هذا الاتفاق بمثابة بيع للعقار المرهون بثمن أقل من قيمته الحقيقية . وهو تصرف خضع له الراهن ولم يقبله طائعا مختاراً (١).

على أن بطلان هذا الشرط لا يمس سلامة الرهن فى ذاته . بل يقتصر أثره على اعتبار الشرط كأن لم يكن . وعندئذ يجب اتباع الاجراءات العادية فى التنفيذ العقارى .

---

(١) انظر محمود جمال الدين زكى فقرة ١٣٨ .

ويكون الشرط باطلا سواء ورد ذكره فى عقد الرهن ذاته . أو أبرم فى اتفاق لاحق مستقل . مادام قد تم قبل حلول أجل الدين . أما إذا اتفق عليه بعد حلول أجل الدين . فهنا قدر المشرع انتفاء الحكمة من البطلان وزوال شبهة استغلال الدائن المرتهن لحاجة الراهن . وبذلك يجوز بعد حلول أجل المدين الاتفاق على أن ينزل الراهن للدائن عن العقار المرهون وفاء للدين ، أو على أن يشترى الدائن العقار بثمن معين أكبر أو أقل من الدين (٢) .

وأساس هذا الحكم أن الاتفاق المعاصر لاستحقاق الدين ينتفى فيه خطر استغلال حاجة المدين . وهو السبب الذى من أجله أبطل شرط التملك عند عدم الوفاء إذا تضمنه عقد الرهن أو جاء فى اتفاق سابق على استحقاق الدين.

بل ويلاحظ أن اتفاق الدائن المرتهن للعقار عند عدم الوفاء الذى يتم عند حلول أجل الدين يعتبر بمثابة وفاء بمقابل وهو طريق لانقضاء الالتزام تجيزه القواعد العامة فى الالتزامات (١) .

٨٨ - شرط البيع بلا اجراءات :

ويسمى أيضا بشرط الطريق الممهد ، وهو الاتفاق الذى بمقتضاه يتعاقد الراهن مع الدائن المرتهن على بيع العقار المرهون دون اتباع الطرق التى رسمها قانون المرافعات . وهو على غرار شرط تملك العقار المرهون عند عدم الوفاء يقع أيضاً باطلا . ويقتصر أثر البطلان على إنكاروجوده ، والمضى فى إجراءات التنفيذ وفقاً للقانون .

وأساس بطلان مثل هذا الاتفاق هو حماية الراهن من الاذعان لرغبة الدائن المرتهن فى حرمانه من الضمانات التى يكفلها قانون المرافعات باجراءات التنفيذ العقارى وماتتضمنه من أحكام تفضى إلى بيع العقار بأقصى قيمة ممكنة .

---

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية حـ ٧ ص ٦٢ .

(٢) بلانيول وريبير وبيكيه جزء ١٣ بند ٩٠٨ .

وقد أشارت إلى الحكم المتقدم المادة ١٠٥٢ بقولها يقع باطلا كل إتفاق يجعل للدائن الحق عند عدم استيفاء الدين فى أن يبيع العقار المرهون دون مراعاة للاجراءات التى فرضها القانون ولو كان قد أبرم بعد الرهن .

لم يتضمن النص حكم مثل هذا الاتفاق إذا وقع بعد حلول أجل الوفاء بالدين . على أنه ليس ثمة ما يمنع من إقرار صحته قياسا على ما جاء بشأن تملك العقار المرهون (١) . وقد تبدو فى ذلك مصلحة ظاهرة تتوافر فى عدم الخضوع لإجراءات البيع الجبرى بما ينطوى عليه من جهد ونفقة . على أنه يلاحظ من ناحية أخرى أنه يجوز لأى دائن آخر أن يتجاهل مثل هذا الاتفاق ، وأن يشرع فى التنفيذ على العقار وفق ما جاء فى قانون المرافعات من إجراءات .

٨٩ - تقسيم :

بعد أن فرغنا من هذه الملاحظات العامة بشأن حق الدائن المرتهن فى التنفيذ على العقار ، نعالج الآن سلطة الأفضلية التى يتمتع بها الدائن المرتهن وسنتناول بالبحث عدة مسائل .

١ - وعاء الأفضلية ، ونعنى به تحديد الأموال التى يتعلق بها حق الدائن المرتهن .

٢ - نطاق الأفضلية ونتناول فيه قدر المبالغ التى يضمنها الرهن الرسمى.

---

(١) تؤيد المذكرة الايضاحية للمشروع التمهيدى هذا الاتجاه فتقرر « أما إذا حل الدين فقد انعدمت شبهة استغلال الدائن المرتهن لحاجة الراهن ، واصبح هذا على بينة من الأمر ، فيجوز الاتفاق حينئذ على أن ينزل الراهن للدائن عن العقار المرهون وفاء للدين ، أو على أن يشترى الدائن العقار بثمن معين أكبر أو أقل من الدين ، أو على أن يباع العقار بالممارسة لا بالمزاد العلنى. وقد يكون فى هذه الاتفاقات مصلحة للراهن نفسه إذ يتجنب المصروفات التى تنجم عن بيع العقار بالمزاد » مجموعة الأعمال التحضيرية جزء ٧ ص ٦٢.

وقد أجاز القضاء الفرنسى التوكيل الصادر من الراهن إلى الدائن بعد استحقاق أجل الدين ببيع العقار المرهون واستيفاء حقه من ثمنه . أنظر بلانيول وريبير وبيكه المرجع السابق .

٣ - التزاحم على الأفضلية . ونعالج فيه حكم تنازع حق الدائن المرتهن مع من يكتسب تأمينا عينياً على العقار .

٤ - بعض اتفاقات تتصل بالأفضلية ، وهي تؤدي إلى تعديل أو تغيير في مرتبة الدائن المرتهن .

المطلب الاول

وعاء الأفضلية

٩٠ - النص القانوني - الصياغة المقترحة لمضمون الافضلية :

تنص المادة ١٠٥٦ من التقنين المدنى على ما يأتى « يستوفى الدائنون المرتهنون حقوقهم قبل الدائنين العاديين من ثمن العقار المرهون ، أو من المال الذى حل محل هذا العقار ، بحسب مرتبة كل منهم ولو كانوا أجروا القيد فى يوم واحد»(١).

يستفاد من نص هذه المادة أن حق الدائن المرتهن يتعلق بصفة أصلية بثمن العقار ، ويرد بصفة احتياطية على كل مبلغ قد يستحق للراهن مقابل هذا

(١) جاء فى المذكرة الايضاحية للمشروع التمهيدى تعليقا على حكم هذه المادة ما يأتى « متى تحددت مرتبة الدائن المرتهن استوفى حقه طبقاً لهذه المرتبة من ثمن العقار عند بيعه فى المزاد ، أو من الحق الذى حل محل العقار كالتعويض أو مبلغ التأمين أو ثمن ملحقات العقار » . جزء ٧ من مجموعة الأعمال التحضيرية ص ٨٩ . ويلاحظ فى هذا الشأن وجوب المقاربة بين نص م ١٠٥٦ وما جاء فى المادة ١٠٤٩ التى تقرر « إذا هلك العقار المرهون أو تلف لأى سبب كان انتقل الرهن بمرتبته إلى الحق الذى يترتب على ذلك كالتعويض أو مبلغ التأمين أو الثمن الذى يقرر مقابل نزع ملكيته للمنفعة العامة » . وتعلق مذكرة المشروع على هذا النص بقولها « فى جميع الأحوال التى يحل فيها محل العقار المرهون أو محل جزء منه شيء آخر ، كتعويض أو مبلغ تأمين أو ثمن يرسو به المزاد أو ثمن ملحقات يتم تسليمها ، فإن الرهن ينتقل إلى هذا الشيء الآخر ، ويستوفى الدائن منه الدين بحسب مرتبته ، وهذا مثال آخر للحلول العيني » . المرجع السابق ص ٥٤ ، ولنا فى مناقشة هذا الحكم عودة فى المتن بعد الفراغ من تحديد وعاء الأفضلية .

العقار . وقد آثرنا من قبل (١) فى صياغة مضمون حق الأفضلية أن نطلق دلالتها على نحو يجعلها شاملة للمقابل النقدى للعقار المرهون . واستعنا فى هذا الصدد بالنظر إلى محل حق الدائن المرتهن ، فهو يرد على الكيان الاقتصادى للعقار . ومن ثم يمتد إلى كل ترجمة نقدية لقيمة هذا العقار . وسنعود مرة أخرى إلى بيان هذا الاتجاه بعد أن نفرغ من تحديد وعاء الأفضلية . وذلك لتأصيل ما جاء فى التقنين المدنى من أحكام مستحدثة .

نبدأ إذن ببحث عن العقار . ثم المال الذى يحل محله .

٩١ — ثمن العقار — امتداد الأفضلية الى ملحقات العقار — احالة :

بينا فى دراستنا السابقة ، أن حق الدائن المرتهن يمتد بقوة القانــون إلى ملحقات العقار كما ورد ذكرها فى نص المادة ١٠٣٦ . وهى تتناول بصفة خاصة حقوق الارتفاق والعقارات بالتخصيص والإنشاءات والتحسينات مالم يتفق على غير ذلك (٢) .

ومما هو جدير بالذكر أن حق الدائن المرتهن يتعلق بهذه الملحقات ، دون حاجة إلى النص على ذلك فى عقد الرهن . بل إذا أراد الراهن إخراجها من وعاء الأفضلية وجب الاتفاق على ذلك صراحة (٣) .

وقد أضافت المادة ١٠٣٧ حكما يتعلق بالثمار سبق لنا تفصيله ، ومقتضاه أنه يلحق بالعقار ما يغله من ثمار عن المدة التى أعقبت تسجيل تنبيه نزع الملكية ويجرى فى توزيع هذه الغلة ما يجرى فى توزيع ثمن العقار (٤) .

---

(١) راجع ماتقدم ص ٧٢ ، وما بعدها . وانظر بصفة خاصة اسماعيل غانم فى رسالته عن الذمة المالية فقرة ٥٢ ص ٩٢ ومابعدها — وفى هذا المعنى ايضا حسن كيره الحقوق العينية الأصلية جـ ١ فى الملكية ص ١٣٧ .

(٢) أنظر ماتقدم فقرة ٥٣ .

(٣) راجع حكم الدائرة المدنية لمحكمة النقض فى ١٤ يناير ١٩٥٤ ، منشور فى مجموعة المكتب الفنى لتبويب الأحكام سنة ٥ عدد ٢ ص ٤٢٠ .

(٤) انظر ماتقدم ص ١٦٤ .

يستفاد مما تقدم أن وعاء الأفضلية يتحدد بثمن العقار وملحقاته ، وقدسبق لنا تفصيل الشروط الواجب توافرها فى العقار المرهون ، وتحديد الملحقات التى تأخذ حكم العقار بنص القانون ، ولذا نكتفى فى هذا الصدد بالإحالة إلى دراستنا المتقدمة (١) .

على أن هناك حكم لم يسبق لنا بحثه (٢) ، يعرض بشأن حق الدائن المرتهن على العقارات بالتخصيص . فقد يصطدم وهوبسبيل التنفيذ عليها بوصفها من ملحقات العقار ، بوجود امتياز بائع هذه المنقولات التى اكتسبت الصفة العقارية على سبيل الافتراض . وهو امتياز يضمن الوفاء بثمنها ، فما هو حكم هذا التزاحم .

٩٢ - التزاحم بين حق الدائن المرتهن وحق امتياز بائع المنقولات المخصصة لخدمة العقار :

يحدث فى العمل أن يشترى شخص بعض منقولات يخصصها لخدمة عقار فتكتسب على هذا النحو صفته ، وتأخذ حكمه . ويثور النزاع إذا كان المشترى لم يدفع ثمن هذه المنقولات وكان العقار الذى خصصت لخدمته مرهوناً لأحد الدائنين .

يتمتع بائع المنقول بنص القانون بامتياز يضمن له الوفاء بالثمن (م ١١٤٥ مدنى) . ويمتد حق الدائن المرتهن ، على النحو الذى سبق بيانه ، إلى ملحقات العقار التى تتضمن العقارات بالتخصيص (م ١٠٣٦ مدنى) . كيف السبيل إذن إلى حسم ما قد يعرض من نزاع احتمالى ، إذا أراد البائع التنفيذ على المنقولات لاستيفاء ثمنها ، واحتج الدائن بتعلق حقه بها ؟

---

(١) راجع ماتقدم فى الشروط الواجب توافرها فى العقار فقرة ٥٢ .

(٢) عالجنا فيما سبق حكم تصرفات الراهن فى العقارات بالتخصيص ، وسبيل حماية الدائن المرتهن فى مواجهة المتصرف اليه راجع فقرة ٨٢ .

لم يعالج التقنين المدنى الجديد حكم هذا التزاحم بنص صريح يمنح الأفضلية لدائن على آخر (١) . وتفرقت كلمة الفقه فى مصر وفرنسا فى هذا الشأن . والواقع أن المسألة لا تخلو من دقه ، لأن امتياز بائع المنقول مقرر بنص فى القانون ، وهو يظل قائما مادام الشيء محتفظا بذاتيته . وحق الدائن المرتهن يستند إلى نص آخر صريح فيشمل المنقولات المخصصة لخدمة العقار ، التى تصبح عقارات حكمية يجرى عليها ما قرره المشرع بالنسبة إلى العقار الأصلى .

نصت المادة ١١٤٥ من التقنين المدنى على ما يأتى « ما يستحق لبائع المنقول من الثمن وملحقاته يكون له امتياز على الشيء المبيع . ويبقى الامتياز قائما مادام المبيع محتفظاً بذاتيته ، وهذا دون إخلال بالحقوق التى كسبها الغير بحسن نية ، مع مراعاة الأحكام الخاصة بالمواد التجارية » .

غنى عن البيان أن تخصيص المنقولات لخدمة العقار لا يفقدها ذاتيتها ، بل تظل واضحة المعالم يمكن التعرف عليها ، وبالتالى يظل امتياز البائع عليها قائماً لا يزيله هذا التخصيص .

ولكن يدق الأمر إذا اكتسب أحد الدائنين رهناً رسميا على العقار الذى رصدت المنقولات لخدمته أو استغلاله .

اتجه جانب من الفقه إلى أن امتياز بائع المنقول لا يتأثر وجوده بحق الدائن المرتهن . ذلك أن كسب المنقول للصفة العقارية هو مجرد افتراض قانونى

---

(١) عنيت بعض التشريعات الأجنبية بحسم هذا التزاحم ، مثال ذلك قانون الرهن الرسمى فى بلجيكا . فقد جاء فى نص المادة ٢٠ من هذا القانون ما يفيد تفضيل حق الدائن المرتهن ، وذلك حماية للائتمان العقارى . انظر رينيه ديكرز الموجز فى القانون المدنى البلجيكى ١٩٥٥ جزء ٢ ص٨٩٢ بند ١٥٢٩ .

لا يصح أن يضر ببائعه وليس فى نصوص القانون ما يفيد تفضيل حق الدائن المرتهن عليه (١) .

ويذهب جمهور الشراح إلى تفضيل الدائن المرتهن للعقار على بائع المنقول(٢). والحجة الأساسية التى تساق لتدعيم هذا الاتجاه هى أن المشرع نص صراحة على امتداد حق الرهن إلى العقارات بالتخصيص بقوة القانون . فلا يجوز إهدار هذا النص لصالح بائع هذه المنقولات المخصصة لخدمة العقار ، إذا ما احتج بحق امتيازه ضمانا للوفاء بثمنها . ذلك أنها أصبحت عقارات حكمية ، تخضع لما يقرره القانون من أحكام بشأن العقار .

ويقرر بعض هؤلاء الفقهاء بأن بائع المنقول يحق له الاحتجاج بامتيازه فى مواجهة الدائن العادى الذى ينفذ على العقار ، باعتبار أن هذا الأخير لم يثبت له أصلا حق على شيء معين بالذات . وإنما ينصب حقه على كل أموال المدين . لذلك يتقدم عليه بائع المنقول حتى ولو خصص لخدمة العقار ، لأنه اكتسب حقا عينياً يفضل به الدائن العادى . أما حيث يتعلق الأمر بتزاحم مع دائن مرتهن ، فهنا يجب التسليم بثبوت الصفة العقارية لهذه المنقولات ، وبذلك لايستطيع بائعها أن يحتج فى مواجهة هذا الدائن بحق الامتياز (٣) .

---

(١) انظر فى تأييد هذا الاتجاه عبد الفتاح عبد الباقى ص ٣٤٨ ، ٧٥٥ — جوسران الجزء الثانى بند ١٨٦٠ ، ويقرر فى سبيل تدعيم رأيه ، أن بائع المنقول ليس له من ضمان سوى المنقول المبيع ، بينما أن حق الدائن المرتهن يكفل الوفاء به العقار الأصلى ، وليست العقارات بالتخصيص سوى أموال إضافية .

(٢) راجع فى الفقه المصرى كامل مرسى بند ٤٧٩ — سليمان مرقس بند ٣٧٩ . وفى الفقه الفرنسى بيدان وفواران جـ ١٣ بند ٥١٢ ، بلانيول وريبير وبيكيه جـ ١٢ بند ١٩٣ ، كولان وكابيتان جـ ٢ بند ١٥٤٧ ، ريبير وبولانجيه جـ ٢ بند ٣٣٧٣ ، لوى بوييه انسكلوبيدى داللوز جـ ٤ ص ٢٤٨ بند ١٥٧ .

(٣) جولف « L'immobilisation par destination » رسالة من باريس ١٩٤٣ فقرة ٨٨ — حسن كيره الحقوق العينية الأصلية جـ ١ ص ٩٣ ومابعدها .

ونحن من ناحيتنا نميل مع الفقه السائد إلى تفضيل حق الدائن المرتهن. ولا نستند فى ذلك إلى الحجج المتقدمة فحسب ، وإنما نستعين بنص المادة ١١٤٥ من التقنين المدنى التى تحكم امتياز بائع المنقول . ونستهدى بالحكمة من الحلول التى أتت بها .

يستفاد من نص المادة ١١٤٥ أن امتياز بائع المنقول يزول حيث يصطدم الإبقاء عليه بحقوق اكتسبها الغير بحسن نية . والمقصود بذلك هو كل حق يكتسبه الغير دون أن يعلم باعتدائه على امتياز بائع المنقول . والعلة فى تقرير هذا الحكم هى حماية الثقة المشروعة وتدعيم الإئتمان . ذلك أن حق البائع بوصفه من الامتيازات المنقولة ، لايخضع لنظام الشهر . وهو على هذا النحو غير مستقر . بل يتميز بحساسية تجعله معرضا للزوال ، بمجرد اصطدامه بحق شخص توافر لديه حسن النية (١) .

فإذا سلمنا بأن تلك هى العلة من جعل امتياز بائع المنقول معرضا للزوال ، أمكننا اتخاذ موقف من التزاحم الذى نحن بصدده . فأمامنا دائن مرتهن ، نص المشرع صراحة على امتداد حقه إلى المنقولات المخصصة لخدمة العقار ، ثم التزم الصمت فلم يقيده بحقوق الغير . بينما حرص بشأن امتياز البائع على الحد من سريانه إذا اصطدم بحسن نية شخص اكتسب حقا على المنقول (٢) .

---

(١) موريل محاضرات فى القانون المدنى مع التعمق «آثار الرهن» باريس ١٩٤٢ ص ٣١٨ وما بعدها . وفى هذا المعنى حسن كيره المرجع السابق ص ٩٤ هامش ١ .

(٢) لا يجوز فى تقديرنا الاستناد إلى ما جاء فى المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى بشأن م ١٤٤٣ ، لتأييد الرأى المخالف . ذلك أنها تعلق على نص أصابه تعديل جوهرى فى صياغته النهائية . فقد كانت المادة ١٤٤٣ من المشروع التمهيدى (ويقابلها م ١٠٣٦ فى التقنين) تقضى فى فقرتها الثانية بما يأتى «لا أثر للرهن فى الحقوق التى كسبها الغير ، قبل إبرام الرهن على ملحقات العين المرهونة» . علقت المذكرة الإيضاحية على هذه الفقرة بقولها «إن الرهن الذى يمتد إلى الملحقات لا يؤثر فى حقوق الغير ، فلو اشترى مالك الأرض المرهونة مواشى لم يدفع ثمنها وخصصها لخدمة الأرض فإن الرهن يشملها ولكنه يتأخر عن امتياز بائع المواشى» . تليت المادة ١٤٤٣ من المشروع أمام لجنة المراجعة فاقترح حذف الفقرة الثانية . مع النص على عدم=

ولما كان تفضيلنا لحق الدائن المرتهن يستند إلى اعتبارات تتصل بحماية حسن النية والثقة المشروعة ، وجب اطلاق هذا الحكم بصرف النظر عن تخصيص المنقولات لخدمة العقار قبل تقرير الرهن أو فى تاريخ لاحق عليه . ذلك أن هذا التاريخ لا يمس ثقة الدائن وحسن نيته ، فى أن حقه تعلق بهذه المنقولات بمجرد تخصيصها لخدمة العقار ، وبقوة القانون (١) .

على أنه تنبغى الإشارة من ناحية أخرى أن بائع المنقول لا يتجرد من كل حماية ، بل فى وسعه أن يفلت من هذا التزاحم . فقد بينا أن الحكمة من زوال امتيازه هى عدم خضوعه لنظام الشهر ، وخشية المشرع من الإضرار بحقوق الغير حسن النية . بذلك يستطيع البائع أن يخطر الدائن المرتهن بأنه لم يستوف الثمن ، وأن امتيازه قائم يضمن الوفاء به . مثل هذا الإجراء ينفى عن الدائن حسن النية(٢)

=الإخلال بحق امتياز المبالغ المستحقة للمقاولين والمهندسين المعماريين . فوافقت اللجنة على ذلك ، وأصبحت صياغة النص كما جاءت فى المادة ١٠٣٦ من التقنين .

يظهر إذن مما تقدم أن إرادة المشرع انصرفت فى البداية إلى حماية كل من اكتسب حقوقاً على ملحقات العقار ، مثل بائع المنقولات المخصصة لخدمته بالنسبة إلى حق الامتياز . ثم عدل عن هذا الاتجاه صراحة ، فحذف الحكم المتصل بحقوق الغير عامة ، وعمد إلى تخصيصه بالنص فقط على امتياز المقاول والمهندس المعمارى بالنسبة إلى المبالغ المستحقة عن التحسينات والإنشاءات . ولعل هذا التعديل الذى حدد الحماية فى مواجهة أشخاص معينين بالذات ، يصلح سنداً لتأييد الرأى الذى نذهب اليه بأن حق الدائن المرتهن يفضل امتياز البائع بشأن العقارات بالتخصيص . (انظر جزء ٧ من مجموعة الأعمال التحضيرية ص ٢٤ وما بعدها ، وقارن عبد الفتاح عبد الباقى ص ٣٤٩ ، ٧٥٦) — انظر أيضاً جمال الدين زكى ص ٢٢١ و ما بعدها .

(١) بل ولعلنا فى سلوك هذا الاتجاه نستجيب إلى الحكمة التى أملت على المشرع الأخذ بفكرة العقار بالتخصيص . فقد قدر أن رصد المنقولات لخدمة العقارات أو استغلاله يلحقها به ، فتنشأ على هذا النحو وحدة اقتصادية متماسكة ، تعامل معاملة العقار وتخضع لأحكامه . وهو أمر تقتضيه حماية الائتمان العقارى بصفة عامة .

(٢) انظر بيدان وفواران جـ ١٣ فقرة ٥١٢ . حسن كيرة المرجع السابق ص ٩٥ .

ويجرده من الثقة المشروعة التى يحميها القانون (١).

٩٣ - المال الذى حل محل العقار - سريان هذا الحكم على كافة الحقوق العينية التبعية :

نصت المادة ١٠٥٦ من التقنين المدنى على أن الدائن المرتهن لا يباشر الأفضلية على ثمن العقار فقط ، بل يمتد حقه أيضاً إلى المال الذى حل محل هذا العقار. وتعبر عنه الصياغة الفرنسية لهذه المادة بقولها La Creance qui s'y est subsituée

وتنبغى فى هذا الصدد الإشارة إلى نص المادة ١٠٤٩ الذى تقضى بأنه « إذا هلك العقار المرهون أو تلف لأى سبب كان ، انتقل الرهن بمرتبته إلى الحق الذى يترتب على ذلك كالتعويض أو مبلغ التأمين أو الثمن الذى يقرر مقابل نزع ملكيته للمنفعة العامة » .

جدير بالذكر أيضاً أن الحكم الذى ورد فى التقنين المدنى الجديد يصدق على كافة الحقوق العينية التبعية عامة ، بالقدر الذى يلائم طبيعة كل منها(٢) . فقد ورد فى المادة ١٠٩٥ بالنسبة إلى حق الاختصاص أنه يسرى عليه ما يتضمنه الرهن الرسمى من أحكام .

---

(١) تذهب محكمة النقض الفرنسية إلى حرمان البائع من حق المطالبة بفسخ العقد لعدم أداء الثمن ، على أساس أن الفسخ يؤدى إلى عودة المنقولات إلى ملكية البائع ، وبذلك تفلت من سيطرة الدائن المرتهن. وعلى هذا النحو يصبح حرمانه من الامتياز عديم الفائدة . وقد تعرض القضاء المتقدم لانتقاد بعض الفقهاء . انظر بلانيول وريبير وبيكيه ج ١٣ فقرة ١٩٣ ص ٢٢٠ ، وقارن كولان وكابتان ج ٢ فقرة ١٥٤٧ - موريل المرجع السابق ص ٣٢٠ .

(٢) نصت المادة ٧٧٠ فى عقد التأمين من الحريق على أنه «إذا كان الشىء المؤمن عليه مثقلا برهن حيازى أو رهن تأمينى أو غير ذلك من التأمينات العينية ، انتقلت هذه الحقوق إلى التعويض المستحق للمدين بمقتضى عقد التأمين .

وجاء فى الفقرة الثانية من المادة ١١٠٢ أنه تسرى على الرهن الحيازى أحكام المادتين ١٠٤٨ ، ١٠٤٩ المتعلقة بهلاك الشيء المرهون رهناً رسمياً أو تلفه ، وبانتقال حق الدائن من الشيء المرهون إلى ما حل محله من حقوق . وأخيراً عنى المشرع بترديد نص مماثل فى المادة ١١٣٥ بشأن حقوق الامتياز . كما قررت المادة ١١٣٤ أيضاً أنه تسرى على حقوق الامتياز العقارية الخاصة أحكام الرهن الرسمى بالقدر الذى لا تتعارض فيه مع طبيعة هذه الحقوق .

هكذا حسم التقنين المدنى الجديد خلافاً فى الفقه والقضاء حول تحديد وعاء الأفضلية . فقد اتجه الرأى السائد إلى أن حق الدائن المرتهن ، أو المزود بتأمين عينى خاص ، يقتصر فقط على ثمن العقار إذا بيع جبراً بالطرق المبينة فى القانون.

وقد أشرنا من قبل (١) إلى أن هذا الاتجاه مبعثه النظرة الضيقة إلى مضمون الأفضلية . فالواقع من الأمر أن الحق العينى التبعى يعلق حق الدائن المزود به ، بالكيان الاقتصادى للمال الذى تقرر عليه . وعلى هذا النحو يتحدد مضمون الأفضلية ، فهو يتناول كل ترجمة نقدية لهذا المال . على ضوء هذه الملاحظة الأساسية نحاول تأصيل الحكم الوارد فى المادة ١٠٥٦ من التقنين المدنى .

٩٤ - تأصيل حكم المادة ١٠٥٦ - أ الدائن المرتهن يباشر الأفضلية على المقابل النقدى للعقار المرهون :

يذهب الرأى السائد بين الفقهاء، يسنده ما جاء فى المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى ، إلى أن الحكم الذى تقرره المادة ١٠٥٦ هو من أمثلة الحلول العينى فى التقنين المدنى الجديد (٢) .

وقد صادف هذا الاتجاه رواجا فى الفقه الفرنسى ، حيث وجد فيه ضالته

---

(١) راجع ما تقدم فقرات ٢٦ ، ٢٧ ، ٢٨ ، ٣٢ ، ٨٩ وبصفة خاصة ص ٧٢ .

(٢) انظر سليمان مرقص فقرة ٧٧ — عبد الفتاح عبد الباقى ص ٢٧٥ تابع هامش ١ — الجزء السابع من مجموعة الأعمال التحضيرية ص ٥٤ .

لتفسير مباشرة الأفضلية فى الصور التى يستحق فيها عن العقار أموال أخرى غير الثمن . على أنه يلاحظ فى هذا الصدد أن جهد الفقهاء لم يفلح وحده لتقرير حماية الدائن المرتهن . بل اضطر المشرع أن يتدخل بقوانين متعددة تحكم المقابل النقدى الذى يستحق عن العقار كعوض التأمين أو مبلغ التعويض(١).

ليس فى إمكاننا أن نعرض بحثا كاملا لنظرية الحلول العينى من حيث شروط توافره ونطاق تطبيقه فى الفقه الحديث. فمثل هذا البحث يخرج عن نطاق دراستنا (٢) .

ولكن يبدو لنا أن من اليسير الاستغناء عن نظرية الحلول العينى لتأصيل حكم المادة ١٠٥٦ من التقنين المدنى . إذ يكفى فى هذا الشأن تعديل صياغة مضمون الأفضلية على النحو الذى يلائم طبيعة الحقوق العينية التبعية (٣) .

بينا من قبل أن حق الدائن المرتهن يتعلق بالكيان الاقتصادى للعقار المرهون. وعلى هذا النحو ينبغى التسليم بأنه يستطيع مباشرة الأفضلية على كل ترجمة نقدية للقيمة الاقتصادية للعقار .

والصورة المألوفة لتحويل العقار إلى مقابل نقدى هى بيعه بالطريق الجبرى واستيفاء الدين من الثمن الذى رسا به المزاد . ولعل هذا هو الذى جعل المشرع يعرف الرهن فى المادة ١٠٣٠ بأنه حق يخول للدائن أن يستوفى دينه من ثمن العقار مقدماً على غيره من الدائنين .

---

(١) أنظر بلانيول وريبير وبيكيه جزء ١٣ بند ٩٦٥ وما بعده - بودان وفواران جزء ١٣ بند ٣٦٠ وما بعده - موريل « فى آثار الرهن » المرجع السابق ص ٣٥٢ وما بعدها - بيكار وبيسون المطول فى التأمين البرى جزء ٢ بند ١٨٥ - لوريول «الحلول العينى » باريس ١٩٥٤ ص ٣٨٤ وما بعدها .

(٢) راجع فى نظرية الحلول العينى وتطبيقاتها فى القانون المصرى رسالة الزميل منصور مصطفى منصور ١٩٥٣ وانظر بصفة خاصة صلتها بالتأمينات العينية ص ١٥٣ إلى ١٧١ .

(٣) انظر فى بيان هذا الاتجاه اسماعيل غانم « دراسة انتقادية لفكرة الذمة المالية فى القانون المصرى والفرنسى رسالة إلى كلية حقوق باريس ١٩٥١ فقرة ٥٢ - محاضرات فى النظرية العامة للحق ص ١١٦ هامش ١ - حسن كيره الحقوق العينية الأصلية ج ١ فى الملكية ص ١٣٧ ، وانظر ما تقدم الفقرات التالية ٢٦ ، ٢٧ ، ٢٨ ، ٣٢ ، ٨٩ ، وبصفة خاصة ص ٧٢ .

ولكن يلاحظ أن البيع ليس سوى مجرد وسيلة لتقويم العقار بمبلغ من النقود حتى يتيسر للدائن المرتهن استيفاء دينه منه . ومن ثم يبدو فوراً أن كل الوسائل الأخرى التى تكفل أداء الغاية نفسها ينبغى أن ينتفع بها الدائن فتدخل فى وعاء الأفضلية . وبذلك يمتد حقه إلى عوض التأمين ، أو مبلغ التعويض ، أو ما يستحق عن نزع ملكية العقار للمنفعة العامة (١) .

يستفاد مما تقدم أن الصياغة التقليدية لمضمون الأفضلية يشوبها النقص ، ذلك أنها لا تتضمن إلا ثمن العقار ، فلا تصدق على هذا النحو على غيره من صور المقابل النقدى .

هذه الصياغة الجامدة أفضت إلى عجز الدائن المرتهن عن استيفاء دينه من غير ثمن العقار . وهذا لا يستقيم مع طبيعة حقه . فهو مزود بحق عينى تبعى يصيب العقار فى كيانه الاقتصادى ، فيتعلق بكل ترجمة نقدية له .

وقد كانت الصياغة المتقدمة سبباً فى الالتجاء إلى نظرية الحلول العينى ، لتمكين الدائن من مباشرة الأفضلية على نطاق واسع ، على أننا نؤثر الاستغناء عنها (٢) بإطلاق مضمون الأفضلية على نحو يجعلها شاملة لكافة صور المقابل النقدى . وبذلك تستجيب هذه الصياغة المرنة لما جاء من حلول فى نص المادة ١٠٤٩ ، ١٠٥٦ فى التقنين المدنى الجديد . بل ولعل الترجمة الفرنسية للمادة الأخيرة تعبر عن اتجاهنا تعبيراً صادقاً ، فهى تفيد فى دلالتها أن حق الدائن يتعلق بثمن العقار ، أو الديون التى تستحق للمالك بدلا منه .

---

(١) راجع لوريول المرجع السابق ص ٣٩٤ ومابعدها .

(٢) راجع شفيق شحاته بند ١٢ ص ١٤ حيث يقرر أن التأمين العينى هو مجرد وصف للالتزام ، وبذلك يمكن الاستغناء عن نظرية الحلول العينى . ورغم اتفاقنا مع هذا الرأى فى النتيجة التى يصل اليها ، فإننا لا نقر إنكار فكرة الحقوق العينية التبعية ، بل نرى مع الفقه الغالب وجوب الإبقاء عليها . انظر ما تقدم فقرة ٢٨ ، ص ٦٤ هامش ١ .

هكذا يمكن الاستغناء عن فكرة الحلول العينى فى نطاق الحقوق العينية التبعية ، إذ لا محل لإ قحامها حيث لا تدعو الحاجة إليها (١) . وهى فى هذا المجال يمكن الاستغناء عنها فيما يبدو لنا (٢) .

٩٥ — كيف يستفيد الدائن المرتهن من حقه على المقابل النقدى :

يستفاد مما تقدم أن الدائن المرتهن يستطيع إذن أن يباشر الأفضليةعلى المقابل

---

(١) ولكن يلاحظ أن نظرية الحلول العينى قد يتوافر لها أهمية بالنسبة إلى الدائن المرتهن ، وذلك فى الأحوال التى يهلك فيها العقار (إن كان من المبانى) نتيجة حوادث عامة كحرب أو زلزال ، فتدفع الدولة لمالكها إعانة ليشيد غيرها . حينئذ يمكن القول بانتقال حق الدائن المرتهن من العقار الذى هلك ، الى العقار الجديد وذلك عن طريق الحلول العينى . لأننا بصدد مال معين كان مخصصاً لتحقيق غرض خاص ، ثم هلك هذا المال وحل غيره محله . هذا الحلول لايتقرر الا بنص فى القانون (وذلك كما حدث فى فرنسا فى أعقاب الحرب العالمية الثانية بقانون ٢٨ أكتوبر ١٩٤٦ فقد جاء فى المادة ٣٥ منه أن الرهن ينتقل بقوة القانون الى العقارات التى أعيد تشييدها بالتعويضات المستحقة) . ويظهر لنا من مثل هــذه الصورة أن الذى أصابه التبديل هو محــل الرهن فى ذاته ، إذ انتقل من عقــار إلى آخر . أما الصور التى عرضنا لها فى المتن ونفينا عنهــا فكرة الحلول العينى ، فهى لا تتضمن تبديلا فى محل الرهن ذاته ، اذ هو عقار واحد لم يتغير . وانما تعالج استحقاق مقابل نقدى غير الثمن . وقد وصلنا فى هذا الشأن إلى أن أى ترجمة نقدية للعقار يستطيع الدائن المرتهن أن يباشر عليها الافضلية . وذلك لتعلق حقه بالكيان الاقتصادى لهذا العقار ودون حاجة الى نظرية الحلول العينى . انظر موريل المرجع السابق ص ٣٥٦ ، لورپول المرجع السابق ص ٣٩٣ .

(٢) انظر رسالة منصور مصطفى منصور فى الحلول العينى فقرة ١٣٠ — حيث يعرض لجدوى هذه الفكرة ، إذا استحق المقابل النقدى قبل أن يصبح الدين المضمون حال الأداء . عندئذ تظهر ضرورة الإبقاء على التخصيص ، أى تخصيص المقابل النقدى للغرض الذى من أجله تقرر الرهن ، والإبقاء عليه إلى أن يحل أجل الوفاء بالدين . ولا يتيسر ذلك إلا بالاستناد إلى فكرة الحلول العينى . إذ يحل مبلغ التعويض أو التأمين محل الشىء الذى هلك أو نزعت ملكيته للمنفعة العامة ليضمن الوفاء بالدين حتى يستحق أداؤه . انظر فى هذا المعنى أيضاً حسن كيره المرجع السابق ص ١٣٨ .

النقدى للعقار المرهون . وذلك كعوض التأمين ، أو مبلغ التعويض الذى يؤديه المتسبب بخطأه فى هلاك العقار ، أو التعويض الذى يستحق مقابل نزع ملكية العقار للمنفعة العامة . على أنه ينبغى التساؤل عن الطريقة العملية لتمكين الدائن المرتهن من الاستفادة من هذا المقابل النقدى . ذلك أن حقه يتعرض للخطر إذا ما استوفاه الراهن فاختلطت هذه المبالغ بذمته .

عوض التأمين : الفرض هنا أن العقار المرهون مؤمن عليه ، ثم هلك فاستحق عوض التأمين . ماهى الوسيلة الفعالة التى تكفل للدائن المرتهن أن يباشر الأفضلية على هذا المبلغ ؟ .

قال جانب من الفقه الفرنسى أنه ليس من حق شركة التأمين أن تؤدى إلى الراهن ما استحق فى ذمتها بسبب هلاك العقار . بل يجب عليها أن تحتفظ بعوض التأمين لصالح الدائن المرتهن تأسيساً على أن الرهن يشهر بطريق القيد . وقد أخذ على هذا الرأى أنه يرهق شركات التأمين ، وينحرف بالشهر عن أهدافه . ذلك أن قيد الرهن شرع لصالح من يتعاملون مع الراهن بشأن العقار ، فيكتسبون عليه حقوقاً عينية . عندئذ يحكم التزاحم بينهم قاعدة الأسبقية فى الشهر . ولكن ليس من العدل الانحراف بالقيد عن أهدافه ، بجعله وسيلة إعلان تلزم الكافة . فشركة التأمين فى تقدير هذا الفقه لا يقع عليها التزام بالكشف عن الحالة القانونية للعقار ، كما هو الحال بالنسبة لمن يريد شراءه أو اكتساب أى حق عينى آخر .

لهذه الاعتبارات المتقدمة اتجه الفقه الغالب إلى القول بأن على الدائن المرتهن إذا ما هلك العقار أو تلف أن يبادر بإخطار شركة التأمين بوجود رهنه ، حتى يمتنع عن أداء عوض التأمين للراهن . وبمجرد علم شركة التأمين بوجود الرهن يعقد مسئوليتها ، إن دفعت ما هو مستحق فى ذمتها للراهن . بل ويكفى لعقد

هذه المسئولية أن يكون الرهن مذكوراً فى عقد التأمين (١) .

لم يأخذ المشرع المصرى بهذا الاتجاه الفقهى الأخير . بل نص صراحة فى الفقرة الثانية من المادة ٧٧٠ بشأن التأمين على الحريق على ما يأتى «إذا شهرت هذه الحقوق (ويعنى بذلك الرهن الرسمى وحق الاختصاص والرهن الحيازى وحقوق الامتياز العقارية الخاصة) أو أعلنت إلى المؤمن ولو بكتاب موصى عليه فلا يجوز له أن يدفع ما فى ذمته للمؤمن له إلا برضاء الدائنين» .

يستفاد من هذا الحكم أن المشرع يفرق بين نوعين من التأمينات العينية . أما تلك التى استلزم شهرها بطريق القيد ، فيكتفى بشأنها بهذا الإجراء . إذ يعتبر وحده كافياً لمنع شركة التأمين من أداء المبلغ المستحق فى ذمتها . وأما التأمينات العينية التى لا تخضع للشهر فلا يلزم قيدها . ولذا اشترط المشرع بشأنها أن يقوم الدائن بإعلان شركة التأمين ويكفى للدائن أن يرسل خطاباً مسجلا . مجرد هذا الإعلان يعقد مسئولية الشركة إن دفعت عوض التأمين إلى الراهن .

هذا الحكم المتقدم ورد فى المادة ٧٧٠ التى تعالج صورة التأمين على الحريق. ولكن إزاء صمت المشرع عن إصدار تشريعات شاملة لعقود التأمين بصفة عامة يمكن الأخذ بهذا الحكم عن طريق القياس وتطبيقه على صور التأمين الأخرى.

التعويض عن المسئولية : الفرض هنا أن العقار المرهون قد هلك أو تلف بخطأ الغير . وقد نص المشرع على أن حق الدائن المرتهن يتعلق بمبلغ التعويض فيباشر عليه الأفضلية .

يظهر بطبيعة الحال استحالة الأخذ بالحكم المتقدم الذى قرره المشرع فى المادة ٧٧٠ . إذ لا يتصور أن تنعقد مسئولية الغير المتسبب فى هلاك العقار أو

---

(١) أنظر موزيل المرجع السابق ص ٣٣٤ .

تلفه ، إن أدى التعويض إلى الراهن ، بحجة أن الرهن مقيد . وأنه كان من المفروض أن يعلم بوجود حق الدائن المرتهن وتعلقه بالتعويض . إذ لا يقع على عاتق هذا الشخص التزام بالكشف فى الشهر العقارى عن الحالة القانونية للعقار .

ولذلك فينبغى هنا الرجوع للرأى السابق الذى انتصر فى الفقه الفرنسى . وبذلك ينبغى على الدائن المرتهن ، الذى يرغب فى المحافظة على حقه ، أن يبادر فور هلاك العقار أو تلفه باخطار المتسبب فى ذلك بوجود الرهن ، وبالامتناع عن أداء التعويض إلى الراهن . بل ولعل فى وسع الدائن أن يستعين بأداة قانونية فعالة وهى حجز ما للمدين لدى الغير ، توطئة لاستيفاء دينه .

التعويض المقابل لنزع الملكية للمنفعة العامة : يتعلق حق الدائن المرتهن بالتعويض الذى تدفعه السلطة العامة نظير نزع ملكية العقار للمنفعة العامة . وقد تكفل القانون رقم ٥٧٧ لسنة ١٩٥٤ ببيان طرق حماية أصحاب الحقوق العينية التبعية.

يستفاد من نص المادة ٦ من هذا القانون وجوب عرض الكشوف المشتملة على حصر العقارات التى تقرر نزع ملكيتها والتعويضات التى تقدر لها ؛ وذلك فى أماكن متعددة خلال مدة شهر . وتحقيقاً للتوسع فى العلانية ، يعلن عن هذا العرض فى الجريدة الرسمية وفى جريدتين يوميتين واسعتى الانتشار . وقد اشترط هذا الإجراء لتنبيه أصحاب الحقوق ، مثل الدائن المرتهن ، للتقدم بالمستندات المثبتة لحقوقهم .

وقد تكفلت المادة ٧ وما بعدها ببيان طريقة الاعتراض على ما ورد فى الكشوف من بيانات ، أو على تقدير التعويضات .

أخيراً ، وهذا هو الحكم الذى يعنينا ، يستفاد من نص المادة ١١ أن الجهة الحكومية المختصة ، متى تلقت مستندات تثبت أن العقار المنزوعة ملكيته قد تقرر عليه حق عينى تبعى ، أو قدمت إليها اعتراضات على تقدير التعويض ، عليها أن تمتنع عن أداء التعويض المستحق لذوى الشأن . وحينئذ تودع المبالغ المستحقة فى أمانات المصلحة القائمة بإجراءات نزع الملكية فى حساب منفرد .

يستفاد مما تقدم أن القانون رقم ٥٧٧ لسنة ١٩٥٤ بشأن نزع ملكية العقارات للمنفعة العامة ، كفل للدائن المرتهن الوسيلة لمنع الراهن من استيفاء التعويض المستحق له . فقد عنى فى سبيل ذلك بتمكين الدائن من العلم بأمر نزع الملكية ، وذلك بالإعلان عن الكشف الذى يتضمن بيان العقار وتقدير التعويض . هذا الإعلان يوضع فى أماكن متعددة وينشر فى الجريدة الرسمية والصحف العامة ، هنا يفترض علم الدائن به ، وعليه للمحافظة على حقه أن يتقدم بما يثبت وجود هذا الحق للجهة الحكومية التى تتخذ إجراءات نزع الملكية . وبمجرد اتخاذ هذا الإجراء يعقد مسئوليتها إن هى أدت التعويض للراهن . إذ عليها أن تحتفظ به فى خزانة مخصصة المالك ، لحساب أصحاب الحقوق المقيدة (١) .

---

(١) نصت المادة ٦ من القانون المذكور على ما يأتى «تعد المصلحة القائمة بإجراءات نزع الملكية كشوفاً من واقع عملية الحصر سالفة الذكر (تشير إلى م ٥) تبين فيها العقارات والمنشآت التى تم حصرها ومساحتها ومواقعها وأسماء ملاكها وأصحاب الحقوق فيها ومحال إقامتهم والتعويضات التى تقدر لهم ، وتعرض هذه الكشوف ومعها خرائط تبين مواقع هذه الممتلكات فى المقر الرئيسى للمصلحة وفى المكتب التابع لها بعاصمة المديرية أو المحافظة وفى مقر العمدة أو مقر البوليس لمدة شهر ويخطر الملاك وأصحاب الشأن بهذا العرض بخطاب موصى عليه بعلم الوصول . ويسبق هذا العرض إعلان فى الجريدة الرسمية وفى جريدتين يوميتين واسعتى الانتشار يشمل بيان المشروع والمواعيد المحددة لعرض الكشوف والخرائط فى الأماكن المذكورة . وتضيف المادة ٧ أن «لذوى الشأن من الملاك وأصحاب الحقوق خلال ثلاثين يوماً من تاريخ انتهاء مدة عرض الكشوف الاعتراض على البيانات الواردة فيها ... وإذا كان الاعتراض متعلقاً بحق على العين الواردة فى الكشوف المتقدمة الذكر وجب أن يرفق بكافة المستندات المؤيدة له وتاريخ شهر الحقوق المقدم بشأنها الاعتراض وأرقامها» . أخيراً تقرر المادة ١١ أن «على المصلحة القائمة بإجراءات نزع الملكية أن تحقق فى المعارضات التى يقدمها أصحاب الشأن طبقاً لما هو منصوص عليه فى المادة ٧ لتقرير دفع التعويض المستحق . ويكون قيام المصلحة بأداء التعويض فى هذه الحالة على مسئوليتها . وإذا قام مانع يحول دون دفع التعويض المستحق وجب على المصلحة إخطار ذوى الشأن بكتاب موصى عليه بعلم الوصول وبالأسباب التى تحول دون دفع التعويض وبالشروط الواجب استيفاؤها بمعرفتهم ، وتظل المبالغ التى يشملها النزاع بأمانات المصلحة لحين استيفاء شروط الدفع» .

راجع المذكرة الإيضاحية لهذا القانون فى التعليق على المواد ٦ ، ٧ ، ١١ .

المطلب الثانى

نطاق الأفضليـــة

٩٦ - المقصود بنطاق الأفضلية - النص القانونى :

نقصد بنطاق الأفضلية بيان المبالغ التى يستطيع الدائن المرتهن أن يشترك بها فى قائمة التوزيع ، فيفضل فى استيفائها كافة الدائنين العاديين ، والدائنين التالين له فى المرتبة .

وقد تكفلت المادة ١٠٥٨ من التقنين المدنى بتحديد هذا النطاق فنصت على ما يأتى : «١ - يترتب على قيد الرهن إدخال مصروفات العقد والقيد والتجديد إدخالا ضمنياً فى التوزيع وفى مرتبة الرهن نفسها .

٢ - وإذا ذكر سعر الفائدة فى العقد فإنه يترتب على قيد الرهن أن يدخل فى التوزيع مع أصل الدين وفى نفس مرتبة الرهن فوائد السنتين السابقتين على تسجيل تنبيه نزع الملكية والفوائد التى تستحق من هذا التاريخ إلى يوم رسو المزاد ، دون مساس بالقيود الخاصة التى تؤخذ ضماناً لفوائد أخرى قد استحقت والتى تحسب مرتبتها من وقف إجرائها . وإذا سجل أحد الدائنين تنبيه نزع الملكية انتفع سائر الدائنين بهذا التسجيل » .

يستفاد من هذا النص أن المبالغ التى يتمتع الدائن بأفضلية فى استيفائها تتناول أصل الدين بصفة أساسية ، وتشمل طائفة معينة من المصروفات ورد بشأنها نص صريح ، وأخيراً تتضمن بعض الفوائد ذكرها المشرع على سبيل التحديد.

٩٧- نطاق الأفضلية يتضمن أولا أصل الدين :

بينا فى دراستنا لإنشاء الرهن الرسمى ، أن قاعدة تخصيص الرهن تنصرف فى شق منها إلى الدين المضمون . وقوام التخصيص فى هذا الصدد هو تحديد

المبلغ المضمون فى عقد الرهن أولا . ثم فى قائمة القيد ثانياً (١) .

وقد سبقت الإشارة إلى حكم اختلاف ما جاء فى عقد الرهن عما ورد فى قائمة القيد بشأن هذا المبلغ . فإذا كان قدر الدين المضمون يجاوز ما ذكر فى قائمة القيد . فالعبرة بالنسبة إلى الغير بما جاء فيها فقط . أما إذا كان المبلغ المذكور فى القائمة يزيد عن حقيقة الدين المضمون . فهنا لا يعتد بما ورد فيها بل العبرة بقيمة الدين الحقيقية (٢) .

الديون الشرطية والاحتمالية والمستقبلة: أجاز المشرع بنص صريح (المادة ١٠٤٠) ، كما بينا من قبل ، أن يتقرر الرهن ضماناً للوفاء بدين شرطى أو احتمالى أو مستقبل ، على أن يتحدد فى عقد الرهن مبلغ الدين المضمون أو الحد الأقصى الذى ينتهى إليه هذا الدين . وقد أضافت المادة ١٠٥٧ أن الرهن تحتسب مرتبته من تاريخ قيده (٣) .

وقد تثور الصعوبة بشأن هذه الديون فى الفرض الذى يتخذ فيه أحد الدائنين الآخرين إجراءات التنفيذ على العقار ، ويتم بيعه وفقاً للقانون . حينئذ يدق الأمر بشأن اشتراك الدائن بحق شرطى أو احتمالى فى توزيع ثمن العقار . ويعرض بصفة خاصة إذا كان حقه مضموناً برهن ، تسمح مرتبته بأن يتقدم سائر الدائنين . لم يعالج المشرع حكم هذه الصور ، رغم أن تطبيقها فى العمل قد يثير كثيراً من الصعوبات .

نفترض فى الصورة الأولى أن الدين معلق على شرط فاسخ . هذا الوصف لا يحرم الدائن من الاشتراك فى التوزيع بحسب مرتبة الرهن ، لأن الشرط الفاسخ لا يصيب الالتزام فى وجوده ، وإنما يهدده فى مصيره . على أن حصول

---

(١) راجع ما تقدم فقرة ٥٠ ، ٦١ .

(٢) راجع ما تقدم ص ١٩٥ .

(٣) راجع ما سبق فقرة ٥٠ ص ١٤٨ وهامش ١ ، فقرة ٦١ .

الدائن على نصيبه فى التوزيع ، قد يضر بالدائنين الآخرين . فى الحالة التى يتحقق فيها الشرط فيزول الدين بأثر رجعى . لهذا استقر الفقه والقضاء فى فرنسا على إلزام الدائن المرتهن بتقديم ضمان يكفل رد ما استوفاه إذا تحقق الشرط(١) .

يدق الأمر فى الصورة الثانية التى يكون الدين فيها معلقاً على شرط واقف، لم يتحقق بعد . هذا الوصف يمنع الدائن من المطالبة بحصة عاجلة فى التوزيع ، لأن حقه احتمالى مشكوك فى وجوده ، ومن ثم لا يحق له حرمان الدائنين التالين له فى المرتبة من استيفاء ديونهم من ثمن العقار . على أن الرأى الراجح قد اتفق على أن تقدر له حصة احتمالية ، ثم يتم التوزيع الفعلى لثمن العقار بأكمله ، ولكن يلتزم الدائنون التالون له فى المرتبة ، بتقديم تأمين يضمن الوفاء بهذه الحصة فى حالة تحقيق الشرط (٢) .

يظهر لنا مما تقدم أن الصورة الأولى تختلف اختلافاً بيناً عن الثانية . فبالنسبة للدين المعلق على شرط فاسخ ، يستوفى الدائن المرتهن حصته فى التوزيع ، مع تقديم ضمان يكفل الرد فى حالة تحقق الشرط . وبالنسبة للدين المعلق على شرط واقف ، يختص الدائنون الآخرون بحصصهم كاملة ، مقدرة على أساس ثمن العقار كله . ولكن تحتسب للدائن حصة افتراضية ، ويقدم الدائنون تأميناً يتضمن استيفاءها إذا تحقق الشرط .

تتميز الصورة الثالثة بأن حظها من التطبيق فى العمل موفور . وتتصل بالديون الناشئة عن فتح الحساب الجارى . طابع مثل هذه الديون أنها احتمالية من حيث وجودها وبالنسبة إلى مقدارها ، إذ لا يتحدد ذلك إلا فى تاريخ مستقبل. وقد أجاز التقنين المدنى الجديد ، كما قدمنا ، ترتيب رهن ضماناً لفتح

---

(١) راجع بلانيول وريبير وبيكيه جزء ١٣ بند ٩٧٦ — أوبرى ورو جـ ٣ بند ٢٨٥ ص ٥٦٦ .

(٢) بيير رينو انسكلوبيدى داللوز جـ ٢ ص ٩٢١ بند ٢٥٦ وما بعده .

حساب جار على أن يتحدد فى عقد الرهن مبلغ الدين المضمون أو فى القليل حده الأقصى . ولكنه قرر احتساب مرتبة الرهن من تاريخ قيده .

يخلع على الحساب الجارى هذا الوصف . لأنه اتفاق بين طرفين ، يستطيع كل منهما بمقتضاه قيد حقوق والتزامات متعاقبة تترتب فيما بينهما . ولا تثبت مديونية أحد منهم بصفة نهائية إلا بقطع الرصيد وإقراره . حينئذ تتجدد كل الالتزامات ، وتزول كل الحقوق ، ويتخلف دين واحد فى ذمة أحد طرفى الحساب (١). بذلك يظهر أن الفترة التى يستمر خلالها قيد الحقوق والالتزامات يكون الدين المضمون بالرهن احتمالياً ومستقبلا . فهو لا يتحقق وجوده ، ولا يتحدد مقداره إلا بقطع الرصيد وإقراره . على أن المشرع إذ أجاز الرهن ، حدد الدين الذى يضمنه بقدر معين لابد من ذكره فى العقد وفى قائمة القيد .

وكثيراً ما يحدث فى العمل أن يعلق المصرف فتح حساب جار على تقديم ضمان من العميل يكفل الوفاء بما قد يترتب عليه من ديون . فإذا قدم رهناً رسمياً ، وأجرى قيد الرهن ، احتسبت مرتبته من تاريخ شهره فى نطاق المبلغ المحدد فى قائمة القيد .

فإذا كان الرهن يضمن الوفاء بالدين الناشىء عن الحساب الجارى خلال فترة معينة ، كأن تكون مدة سنة مثلا ، حينئذ لا يستطيع المصرف أن يحتج برهنه إلا فى حدود المبالغ التى قد تستحق له عند انقضاء هذه الفترة فقط . فإذا استمر

---

(١) وقد جاء فى المادة ٣٥٥ من التقنين المدنى الجديد ما يأتى «لا يكون تجديداً مجرد تقييد الالتزام فى حساب جار . وإنما يتجدد الالتزام إذا قطع رصيد الحساب وتم إقراره . على أنه إذا كان الالتزام مكفولا بتأمين خاص ، فإن هذا التأمين يبقى ما لم يتفق على غير ذلك» . سبقت الإشارة إلى أن هذا الحكم يتضمن خروجاً عن القواعد العامة فى تبعية التأمينات . ذلك أن التجديد يترتب عليه انقضاء الالتزام ، وكان ذلك يقتضى زوال التأمين الذى يضمن الوفاء به. ولكن المشرع هنا آثر الحساب الجار بحكم خاص ، فأبقى على التأمين الذى كان ضامناً للالتزام المقيد فى الحساب الجارى ، ليكفل الوفاء بالدين المترتب على قطع رصيد الحساب وإقراره .
انظر فيما يلى دراستنا لانقضاء الرهن الرسمى بتجديد الالتزام .

(٢) انظر جورج ريبير شرح القانون التجارى الطبعة الثالثة ١٩٥٤ بند ٢٠٧٥ ، ٢١١٣.

الحساب مفتوحاً ، تصبح المبالغ المستحقة بعد ذلك مجرد ديون عادية لا يكفلها الرهن (١) .

أثير البحث أيضاً بشأن حصة المصرف فى توزيع ثمن العقار المرهون ، إذا كان دينه احتمالياً لن يتحقق وجوده . ولن يتعين قدره بصفة نهائية إلا بقطع الرصيد وإقراره . وقد اتجه القضاء فى فرنسا مذاهب مختلفة . فقيل بتوزيع الثمن على الدائنين الآخرين ، مع إلزامهم بتقديم ضمان عينى يكفل الوفاء بالمبلغ التقديرى المحدد فى قائمة القيد . وقيل بإرجاء التوزيع إذا كان التحقق من وجود الدين قريباً . وثمت رأى آخر يقضى بتوزيع حصص الدائنين السابقين للمصرف فى المرتبة . أما المتأخرون فتبقى حصصهم فى التوزيع معلقة حتى يتحدد مصير الدين الناشىء عن الحساب الجارى (٢) .

الإيراد المرتب مدى الحياة : تعرض هنا مشكلة أخرى تتصل بالإيراد المرتب مدى الحياة . وهو الإيراد الدورى الذى يلتزم شخص بأدائه طوال حياة شخص معين ، بعوض أو غير عوض . ويكون الالتزام بعقد أو وصية . ويجوز أن يكون المرتب مقرراً مدى حياة الملتزم له ، أو مدى حياة الملتزم ، أو مدى حياة شخص آخر (المادة ٧٤١ ، ٧٤٢ من التقنين المدنى).

كيف يكون الحال لو كان أداء هذا المرتب مضموناً برهن رسمى ؟ وما هو موقف الدائن بهذا المرتب إذا كان القيد يكفل له مرتبة يفضل بها الدائنين الآخرين فى استيفاء حقه من الثمن .

لم يتعرض المشرع لحسم هذا الوضع رغم احتمال وقوعه فى العمل . وقد

---

(١) وقد حكم القضاء المختلط بأنه إذا اتفق الطرفان فيما بعد على مد الميعاد الذى يقفل فيه الحساب أو الاعتماد ، فإن هذا الاتفاق لا ينفذ فى حق الغير ، بمعنى أن الرهن لا يشمل المبالغ التى تسلمها الراهن بعد الميعاد الأصلى المتفق عليه ، ولو كانت جملة هذه المبالغ مضافة إلى ماتسلمه فى الميعاد لا تجاوز الحد الأقصى المرخص به فى العقد الأصلى — استئناف مختلط ١١ يونيه ١٩٤٠ (مجموعة ٥٢ ص ٢٩٩) — حكم أشار إليه الدكتور سليمان مرقص ص ٩٦ هامش ٢ .

(٢) بلانيول وريبير وبيكيه المرجع السابق .

وقد استقر الفقه والقضاء الراجح فى فرنسا . على أن الدائن بهذا المرتب لا يستطيع أن يستأثر برأس مال يعادل الأقساط الدورية التى قد تستحق له . بل ولا يجوز إجباره على ذلك . لأن حقه قاصر على مرتب معين وليس منصباً على رأس المال .

اختلفت الاتجاهات لإرضاء هذا الدائن فى التوزيع . فذهب البعض إلى وجوب حبس رأس مال معين . يودع بتوجيه المحكمة . ويستثمر استثماراً من شأنه تمكين الدائن من الحصول على مرتبه . ويعاب على هذا الرأى أنه يؤدى إلى حرمان الدائنين المتأخرين من ثمن العقار ، حتى ينقضى المرتب بوفاة من ارتبطت حياته بتقريره . إذ مادام هذا المرتب مستحقاً . لا يستطيع أى دائن متأخر أن يمس رأس المال المخصص لأدائه .

لهذه الاعتبارات المتقدمة . اتجه رأى آخر . تحدوه الاعتبارات العملية والرغبة فى رعاية مصالح الدائنين المتأخرين ، إلى القول بأن الدائنين تحق لهم الاستفادة من ثمن العقار المرهون بتوزيعه فيما بينهم ، بحسب مراتب حقوقهم. ولكن يشترط أن يتعهدوا متضامنين بأداء هذا المرتب فى مواعيد استحقاقه الدورية .

ويضيف بعض أنصار ذلك الاتجاه . وجوب تقديم ضمان عينى ، يعوض الدائن بالمرتب . ما فاته من زوال الرهن المقرر على العقار (١) .

٩٨ ـ يتضمن نطاق الأفضلية الى جانب أصل الدين طائفة معينة من المصروفات :

المقصود بهذه الطائفة من المصروفات تلك التى يتضمنها نطاق الأفضلية

---

(١) راجع موريل «محاضرات فى آثار الرهن» القانون المدنى مع التعمق باريس ١٩٤٢ ص ٣٦٨ ومابعدها — بلانيول وريبير وبيكيه المرجع السابق — انسكلوبيدى داللوز المرجع السابق .

بقوة القانون . أى دون حاجة إلى ذكرها فى قائمة القيد . وهو ما يعنيه المشرع بقوله إنها تدخل ضمناً فى التوزيع وفى مرتبة الرهن نفسها .

حددت المادة ١٠٥٨ هذا النوع من المصروفات . فهو ينصرف أولا إلى نفقات عقد الرهن . والأصل فيها أنها على الراهن ما لم يتفق على غير ذلك (المادة ١٠٣١ الفقرة الثانية) . فإذا قام الدائن بإنفاقها دخلت فى نطاق الأفضلية . وكذلك يسرى نفس الحكم على مصروفات القيد وتجديده (المادة ١٠٥٥) .

أخيراً تنبغى الإشارة إلى أن التحديد الوارد فى نص المادة ١٠٥٨ ، قد جاء على سبيل الحصر . على هذا النحو لا يجوز للدائن المرتهن أن يضيف مصروفات أخرى يدعى بشأنها الأفضلية ، إلا إذا ورد ذكرها صراحة فى قائمة القيد .

٩٩ - تحديد الفوائد التى تدخل فى نطاق الأفضلية :

عنى المشرع فى الفقرة الثانية من المادة ١٠٥٨ ببيان حكم الفوائد . ويستجيب هذا التنظيم التشريعى إلى فكرتين أساسيتين .

تتصل الأولى بطبيعة الائتمان فى ذاته ، وهى أن الضمان العينى لا ينبغى أن يقتصر فقط على الوفاء بالدين ، بل يجب أن يمتد أيضاً إلى ما يغله هذا الدين من فوائد . ذلك أن حق الدائن يتناول رأس المال وغلته .

على أن الفكرة المتقدمة ، لا ينبغى الأخذ بها على إطلاقها . إذ لو ألحق بنطاق الأفضلية كل ما يستحق عن الدين من فوائد ، لأفضى ذلك إلى نتيجة معيبة قد تسىء إلى مركز الدائنين الآخرين . ذلك أن الدائن المرتهن ، إذا اطمئن إلى ضمان كافة الفوائد بالرهن ، قد يتكاسل فى المطالبة ، بها ، فتتراكم مبالغ باهظة .

حينئذ تتضاءل فرصة الدائن المتأخر فى الحصول على نصيب فى توزيع ثمن العقار . بل ولو قيل بإدخال كل الفوائد بقوة القانون فى نطاق الأفضلية ، لأفضى

ذلك إلى وقوع من يتعامل مع المدين فى غلط. إذ أن تراكم الفوائد، وإخضاعها لمرتبة الرهن لا يتوافر للغير السبيل إلى أن يعلم به . وقد يغرى ذلك بتواطؤ المدين مع الدائن المرتهن للإضرار بهم .

يستفاد مما تقدم أن إلحاق الفوائد بأصل الدين فى نطاق الإفضلية ، وإن كان أمراً مرغوباً، إلا أنه لاينبغى الإسراف فى تقريره . وهذا هو الاتجاه الذى أملى على المشرع الحلول التى جاء بها .

الفكرة الأساسية التى تحكم هذه الحلول هى أن يكون الدين منتجاً لفوائد اتفق على سعرها فى العقد فى الحدود التى يجيزها القانون . وفى هذا الشأن تنبغى التفرقة بين عدة مراحل :

١ ــ المرحلة السابقة على تاريخ القيد : كل ما يستحق من فوائد قبل إجراء قيد الرهن لا يدخل فى نطاق الأفضلية بقوة القانون . بل يجب على الدائن المرتهن إن أراد أن يستوفيها فى التوزيع ، مقدما على غيره من الدائنين ، أن يذكر قدرها فى قائمة القيد ، شأنها شأن أصل الدين تماما . فإن أغفل ذكرها لايحق له استيفاءها إلا بوصفه من الدائنين العاديين .

٢ ــ المرحلة التى تقع بين تاريخ قيد الرهن وتسجيل تنبيه نزع الملكية . تلك هى فترة الريبة ، التى خشى المشرع خلالها من عواقب تراخى الدائن فى المطالبة بالفوائد ، واستحقاقها على نحو قد يضر بالدائنين الآخرين . ولذا حكم بشأنها بأن ما يستحق عن سنتين سابقتين على تسجيل تنبيه نزع الملكية ، يدخل فى نطاق الأفضلية بقوة القانون ، ودون حاجة إلى أى إجراء آخر . هذه الفوائد تلتحق بأصل الدين ويستوفيها الدائن المرتهن فى التوزيع حسب المرتبة التى يخولها له قيد الرهن .

أما ماعدا ذلك من فوائد فلا يجوز الاحتجاج بها فى مواجهة الدائنين الآخرين. بل يجب أن يجرى بشأنها قيد خاص . ولا تحتسب مرتبتها إلا من وقت إجراء هذا القيد .

هذا الحكم المتقدم يدفع الدائن إلى الانتظام فى المطالبة بالفوائد والمثابرة على استيفائها . ذلك أن تراخيه يضر به . حيث قصر المشرع الأفضلية بقوة القانون فى نطاق زمنى معين . حدده بالسنتين السابقتين على تسجيل تنبيه نزع الملكية . أما الفوائد المستحقة قبل هذا التاريخ . فلا تتمتع بالأفضلية إلا إذا تم بشأنها قيد خاص . ولا تحتسب لها مرتبة إلا من وقت إجرائه .

٣ ــ المرحلة التى تقع بين تسجيل تنبيه نزع الملكية وتاريخ رسو المزاد : إذا ماشرع أحد الدائنين فى التنفيذ على العقار المرهون وسجل تنبيه نزع الملكية ، ترتب على ذلك إدخال الفوائد التى تستحق للدائن المرتهن فى نطاق الأفضلية بقوة القانون .

تبدأ إذن بتسجيل تنبيه نزع الملكية مرحلة ثالثة ، تؤدى إلى تمكين الدائن المرتهن من الاشتراك فى التوزيع بما يستحق له من فوائد بوصفه دائنا ممتاز ، أى تضاف هذه الفوائد إلى أصل الدين فتأخذ حكمه .

٤ ــ المرحلة التالية على رسو المزاد : استحدث التقنين المدنى الجديد حكما انتزعه من تجارب الماضى . فقد كان المدين فى ظل التقنين السابق ، ملزما بأداء فوائد تأخيرية خلال فترة التوزيع التى تعقب رسو المزاد ، وذلك عن كل الديون المدرجة فى قائمة التوزيع . وقد ظهر ما فى هذا الحكم من ظلم عليه ، فكثيراً ما تطول إجراءات التوزيع دون أن يكون له ذنب فى ذلك (١) .

لهذا أحسن المشرع صنعا بتقرير حكم ورد فى المادة ٢٣٠ . وخلاصة ما جاء فيها أن كافة الفوائد التأخيرية تسرى بسعرها المقرر (سواء كان السعر القانونى أم الاتفاق) إلى يوم رسو مزاد العقار . ثم تقف عن السريان بعد هذا التاريخ مباشرة . ولن تنتج الديون التى ينفذ بها على العقار ، فوائد أخرى بعد ذلك ، إلا إذا كان الراسى عليه المزاد ، أو كانت خزانة المحكمة بسبب إيداع

---

(١) انظر فى هذا المعنى السنهورى الوسيط ص ٩١٧ هامش ٢ .

الثمن فيها ، يلتزم أحد منهما بأداء فوائد عن هذا الثمن . وتحتسب الفائدة هنا على أساس السعر القانونى ، فلا يعتد بالسعر الاتفاقى الذى قد يكون ساريا فى الأصل فى مواجهة المدين .

وتوزع حصيلة هذه الفوائد التى قد تستحق على الراسى عليه المزاد أوخزانة المحكمة بين الدائنين جميعا قسمة غرماء ، دون تمييز بين دائن مرتهن ودائن عادى (١) .

المطلب الثالث

التزاحم على الأفضليـــــة (٢)

١٠٠ — المبدأ العام — العبرة بالأسبقية فى القيد — الخروج عليه فى بعض الأحوال :

وضعت المادة ١٠٥٧ المبدأ العام الذى يحكم التزاحم على الأفضلية فقررت أن مرتبة الرهن تحتسب من وقت قيده ، وهو صدى لأصل قديم يجعل العبرة فى المفاضلة بين الحقوق بالأسبقية فى التاريخ Prior tempore potior jure . على أن التطور الحديث كما نعلم قد أدى بالتشريعات المعاصرة للاعلان عن الحقوق العينية العقارية بنظام الشهر ، فأصبحت الأسبقية فى توافره هى أساس

(١) أنظر السنهورى الوسيط الجزء الثانى بند ٥١٨ ص ٩١٧.

وتقرر المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى فى هذا الصدد «وغنى عن البيان أن هذا الحكم يعدل كل العدل بحقوق المدين ، ويكفل له من الحماية مايؤمنه من بطء إجراءات التنفيذ . ثم إنه يحمى الدائنين بعضهم من البعض الآخر ، من طريق تحقيق المساواة بينهم فى توزيع الفوائد المستحقة قبل الراسى عليه المزاد وقبل الخزانة ، إذ تقسم بينهم جميعاً قسمة غرماء ، دون تمييز بين دائن مضمون حقه ودائن لا ضمان له » مجموعة الأعمال التحضيرية ج ٢ ص ٥٩١ .

(٢) راجع فقرة ٦٨ مكرر فى أثر الغش على الأسبقية فى القيد .

التفضيل. ومن هنا نلمس أهمية القيد ، فهو إجراء شكلي ينفذ إلى الجوهر فيلعب دوراً فعالاً في تحديد مرتبة حق الدائن المرتهن .

غنى عن البيان أن الدائن العادى لا يزاحم دائناً مرتهناً قيد رهنه ، لأن التزاحم يقتضى المفاضلة بين دائنين اكتسب كل منهم تأميناً خاصا على العقار .

ويلاحظ فى نطاق هذا التزاحم ، أن مبدأ الأسبقية فى القيد لا يلقى تطبيقاً مطلقا ، بل يصيبه بعض استثناءات. منها ما يتصل بصور نص عليها المشرع صراحة ، ومنها ما يتعلق بحقوق أعفاها القانون من نظام الشهر ، ومع ذلك منح أصحابها أفضلية مطلقة .

سنعنى فيما يلى بعرض صور التزاحم المختلفة ، ونرجىء تفصيل بعض منها للدراسات مقبلة فى موضع بحثها .

١٠١ - التزاحم بين الدائنين المرتهنين رهنا رسميا :

الأصل فى هذا التزاحم أن العبرة بشأنه بالأسبقية فى القيد . وقد بين قانون تنظيم الشهر العقارى سبيل المفاضلة بين الدائنين . فألزم الموظف المختص بذكر ساعة تقديم طلب الشهر ، ثم بيان تاريخ الشهر بالدفتر المعد لذلك ، وعلى قائمة القيد ذاتها . فإذا قيدت عدة رهون فى يوم واحد احتسبت مرتبة الأفضلية فيما بينها تبعا للساعة التى أجرى فيها القيد . وهذا هو ماتعنيه المادة ١٠٥٦ من التقنين المدنى بقولها إن الدائنين المرتهنين يستوفون حقوقهم بحسب مرتبة كل منهم ، ولو كانوا قد أجروا القيد فى يوم واحد . وقد فصلنا أحكام الشهر فى دراستنا السابقة ، وبينا أثر الشكل على الجوهر ومدى تأثير تلك الأحكام على مضمون الحقوق العينية التبعية (١) .

هذا المبدأ الذى يؤسس المفاضلة بين الدائنين على الأسبقية فى القيد ، يرد عليه

---

(١) راجع ما تقدم فقرة ٦٠ وما بعدها .

استثناء سبقت الإشارة إليه . وقد جاء فى الفقرة الثانية من المادة ١٠٣٩ التى تحكم رهن أحد الشركاء حصة شائعة . أو جزءاً مفرزاً فى عقار مملوك على الشيوع . ثم انتقال هذا الرهن إلى قدر من الأعيان التى وقعت فى نصيب الشريك الراهن . هذا الانتقال يتم وفقاً لإجراءات معينة ويقتضى إجراء قيد جديد للاحتفاظ بمرتبة الرهن السابقة (١) . على أن الاحتفاظ بهذه المرتبة بمقتضى ذلك الإجراء لا ينبغى أن يضر برهن تقررعلى هذه الأعيان. وكان صادرا عن جميع الشركاء . وبذلك حينما يتزاحم الدائن المرتهن من شريك واحد الذى استقر حقه علىالأعيان التى انتقل إليها الرهن : والدائن المرتهن من جميع الشركاء ، يفضل هذا الأخير . مع أن الأصل أن القيد الجديد الذى يجريه الدائن الأول ليس سوى مجرد إجراء للابقاء على المرتبة القديمة التى يكفلها القيد الأصلى .

١٠٢ — التزاحم بين الدائن المرتهن رهنا رسميا وبين دائن مزود بحق امتياز عام :

لا يحكم هذا التزاحم قاعدة الأسبقية فى القيد ، لأن ذلك لا يتصور إلا بين دائنين تقرر لكل منهم حق عينى تبعى على العقار ، فوجب على هذا النحو شهر هذا الحق عن طريق القيد . أما هنا فالمفاضلة تقع مع دائن آثره القانون بامتياز عام ، يخول له أن يتقدم سائر الدائنين حسب المرتبة التى يتمتع بها ، وذلك دون حاجة إلى شهر حقه (٢) .

وقد قرر المشرع هذا الحكم فى الفقرة الثانية من المادة١١٣٤ بقوله « إن حقوق الامتياز العامة ولو كان محلها عقارا لا يجب فيها الشهر ولا يثبت فيها حق التتبع ، ولا حاجة للشهر أيضا فى حقوق الامتياز العقارية الضامنة لمبالغ

---

(١) راجع ما تقدم فقرة ٤٥ وما بعدها ، وبصفة خاصة ص ١١٥وما بعدها .

(٢) انظر ما سيلى فى دراستنا للامتيازات العامة فى الباب المخصص لحقوق الامتياز .

مستحقة للخزانة العامة . وهذه الحقوق الممتازة جميعا تكون أسبق فى المرتبة على أى حق امتياز عقارى آخر أو أى حق رهن رسمى مهما كان تاريخ قيده » .

وردد المشرع هذا الحكم مرة أخرى بالنسبة إلى امتياز المصروفات القضائية (الفقرة الثانية من المادة ١١٣٨) فقرر أن « تستوفى هذه المبالغ قبل أى حق آخر ، ولو كان ممتازاً أو مضمونا برهن رسمى » . ثم أضاف حكما مماثلا بشأن المبالغ المستحقة للخزانة العامة (الفقرة الثانية من المادة ١١٣٩) جاء فيه وتستوفى هذه المبالغ من ثمن الأموال المثقلة بهذا الامتياز فى أية يد كانت قبل أى حق آخر ، ولو كان ممتازاً أو مضمونا برهن رسمى عدا المصروفات القضائية » .

يستفاد مما تقدم أن الدائن المزود بامتياز عام لا يلتزم بشهر حقه لاستيفاء دينه من المقابل النقدى للعقار ، بل هو يفضل الدائن المرتهن رهنا رسميا بصفة دائمة . ولنا إلى هذه الأحكام عودة مفصلة فى دراسة حقوق الامتياز .

١٠٣ — التزاحم بين الدائن المرتهن رهنا رسميا وبين دائن مزود بتأمين عقارى خاص

نعنى فى هذه الصورة التزاحم الذى يقع بين دائنين تقرر لكل منهم حق عينى تبعى على العقار . ويتوافر ذلك بالنسبة للدائن المرتهن رهناً حيازيا ، والدائن الذى تقرر له حق اختصاص ، والدائن المزود بامتياز عقارى خاص .

هنا يظهر مجال تطبيق مبدأ الأسبقية فى القيد ، لأننا بصدد حقوق عينية تبعية لا يحتج بها فى مواجهة الغير إلا باستكمال إجراء الشهر . وعلى هذا النحو تكون الأفضلية للدائن السابق فى القيد .

على أن ذلك المبدأ لا يلقى فى هذا الصدد أيضا تطبيقاً مطلقا . بل يحد منه بعض استثناءات نص عليها المشرع صراحة .

الاستثناء الأول يتصل بامتياز المقاول والمهندس المعماري الذي عهد اليه بتشييد بناء أو ترميمه أو صيانته . فقد جاء في نص المادة ١٠٣٦ أن امتداد الرهن إلى ما يضاف إلى العقار من تحسينات وإنشاءات لا ينبغي أن يضر بهذا الامتياز . بل يتقدم صاحبه على الدائن المرتهن بصرف النظر عن مبدأ الأسبقية في القيد . ولنا إلى هذا الحكم عودة مفصلة في دراسة الامتيازات العقارية الخاصة .

أما الاستثناء الثاني فقد سبقت الإشارة إليه أيضا . ويتعلق بامتياز متقاسم العقار ضمانا لما تخوله القسمة من حق الرجوع بما في ذلك المطالبة بمعدل القسمة. هذا الامتياز يتقدم على حق الدائن المرتهن من شريك مشتاع إذا انتقل الرهن بعد القسمة إلى أعيان أخرى غير التي رهنت أصلا (١) .

والاستثناء الثالث يتعلق بالدائن الذي الذي اكتسب حق اختصاص على العقار ، وهو يعلم أن المدين رهنه من قبل لدائن آخر . هنا تثبت الأولوية للدائن المرتهن حتى ولو كان الاختصاص مقيدا في تاريخ سابق على قيد الرهن ، مادام صاحب الاختصاص كان على علم بسبق تقرير الرهن . وفي هذا الشأن قضت المادة ١٠٨٥ بأن الدائن الذي يطالب تقرير الاختصاص يجب أن يكون حسن النية . ولا يكون الدائن حسن النية إذا طلب الاختصاص على العقار وهو عالم بتعلق حق الغير به ، حتى ولو كان هذا الحق لم تتوافر فيه الشروط القانونية للاحتجاج به في مواجهة الكافة (٢) .

يبين من الحكم المتقدم أنه يتضمن الاستثناء من القاعدة التي تحسم التزاحم بين عدة دائنين مزودين بتأمين عقاري خاص على أساس الأسبقية في القيد . وهو استثناء يستجيب إلى نزعة المشرع في الحد من إطلاق الأفضلية التي يكتسبها الدائن بمقتضى تأمين قضائي.

---

(١) انظر ما سيلي في دراسة حقوق الامتياز العقارية الخاصة .

(٢) انظر دراستنا التالية لحق الاختصاص ، ووجوب توافر حسن النية فيمن يطلب الاختصاص.

تنبغى الإشارة أخيراً إلى حكم يتصل بالرهن الحيازى نكتفى الآن بذكره، ونحيل فى تفصيله إلى موضع دراسته. فالرهن الحيازى العقارى لايكفى لسريانه فى مواجهة الغير أن يتم قيده ، بل يلزم إلى جانب ذلك أن تنتقل حيازة العقار إلى الدائن المرتهن أو إلى يد عدل يتفق عليه . ولا تحتسب مرتبة الرهن إلا بتوافر القيد وانتقال الحيازة معا (م ١١١٤ من التقنين المدنى) .

المطلب الرابع

بعض اتفاقات تتعلق بالأفضليـــة

١٠٤ ـ صور الاتفاقات التى تتناول الأفضلية

يترتب على الأفضلية أن يحتل الدائن المرتهن مركزاً ممتازاً يتقدم به على سائر الدائنين فى استيفاء دينه . وتتحدد الأفضلية بالمرتبة التى يكفلها إجراء قيد الرهن.

وكثيراً ما تظهر مصلحة الدائن فى أن يتصرف فى هذا المركز الممتاز ، فينقله إلى الغير مقابل منفعة معينة . وفى هذا السبيل تتعدد الأدوات القانونية لإدراك تلك الغاية .

فتارة لا يقتصر الاتفاق على الأفضلية فى ذاتها ، بل يتعلق بالحق المضمون بالرهن . ويترتب عليه انتقال الحق بما يكفله من تأمينات . ويتم هذا الاتفاق عن طريق حوالة الحق (المادة ٣٠٣ وما بعدها من التقنين المدنى) . ويفضى إلى ظهور دائن جديد محل القديم يطالب بنفس المدين ، ويزود بالرهن الذى يضمن الوفاء به . كذلك أيضا قد يتحقق هذا التغيير فى شخص الدائن بواسطة الحلول الاتفاقى (المادة ٣٢٧ وما بعدها من التقنين المدنى) . ويترتب عليـه تزويد الدائن الموفى بكافة التأمينات العينية . فإن كان هناك رهن رسمى ، استفاد منه بذات المرتبة التى كان يحتلها الدائن الأول منذ قيد الرهن .

مثل هذه الاتفاقات لابد من التأشير بها فى هامش القيد الأصلى حتى يحتج بها فى مواجهة الغير (١) . وهى تخضع لأحكام خاصة تتصل بدراسة نظرية الالتزامات (٢) .

انما يعنينا بصدد بحثنا الحالى ، أن نعالج الاتفاق الذى يرد على الأفضلية فى ذاتها دون مساس بالحق المضمون ، ونقصد به التنازل عن مرتبة الرهن : الذى يفضى إلى التخلى عن المركز المفضل الذى يتمتع به الدائن المرتهن إلى دائن مرتهن آخر متأخر فى المرتبة .

---

(١) راجع ما تقدم فقره ٦٥ .

(٢) ومما هو جدير بالإشارة أن الاتفاق الذى يتناول الالتزام المضمون ، فيلحق الرهن بطريقة تبعية ، تختلف آثاره باختلاف الأداة القانونية التى تستخدم لتحقيقه . ونكتفى هنا ببيان الفروق الأساسية . ينفق كل منها فى وجوب التأشير بها فى هامش القيد الأصلى حتى يستطيع الدائن المحال له (فى حوالة الحق) ، أو الدائن الموفى (فى الحلول الاتفاقى) أن يحتج بالرهن فى مواجهة الغير (راجع ما سبق فقرة ٦٥) . ولكن يبدو الفارق بينهما على النحو الآتى :-

١ - من حيث سريان الأداة على الغير : تنشأ حوالة الحق بواسطة اتفاق يتم بين الدائن المحيل والمحال له . ولا يشترط لانعقادها رضاء المدين ، ولكن يجب لسريانها فى مواجهته أن يعلن بها أو يقبلها . ويشترط للاحتجاج بها على الغير أن يكون الإعلان رسمياً على يد محضر ، أو أن يكون قبول المدين لها ثابت التاريخ . أما الحلول الاتفاقى ، فيتحقق فى صورتين . إما أن يتفق الدائن مع الموفى على هذا الحلول فى تاريخ معاصر للوفاء ، وإما أن يرد فى عقد قرض أبرمه المدين بقصد الوفاء بالدين ، فينص فيه على حلول المقرض محل الدائن . وأياً ما كانت صورة الحلول فيلزم لسريانه فى مواجهة الغير ، وبالتالى انتقال الرهن لصالح الموفى ، أن تكون مخالصة الوفاء فى الصورة الأولى ، أو عقد القرض ومخالصة الوفاء فى الصورة الثانية قد توافر لكل منها تاريخ ثابت محقق وفقاً لنص المادة ٣٩٥ .

٢ - من حيث آثار الأداة : هنا تظهر الفروق الجوهرية . فالحلول الاتفاقى لا ينبغى أن يضر بالدائن الذى تلقى الوفاء . وهو لا ينتج آثاره إلا بالقدر اللازم فقط لتمكين الدائن الموفى من الرجوع على المدين بما وفاه . ويترتب على هذا القول النتائج الآتية :-

ا - الحلول لا يضر بالدائن الذى تلقى الوفاء . وقد عبرت المادة ٣٣٠ / ١ عن هذا المبدأ . ويظهر أثره فى حالة الوفاء الجزئى . فاذا كان الدين مثلا مبلغ ٢٠٠ ، فأدى الموفى مبلغ ١٠٠ ، فهنا تظل الأفضلية للدائن الأول فى استيفاء ما تبقى له من قيمة العقار المرهون ، فاذا بيع العقار بمبلغ ١٠٠ لا يبقى للموفى شيء لأن حلوله مقيد بعدم الإضرار بالدائن الذى تلقى الوفاء الجزئى . هذا الأثر لا يتوافر بالنسبة إلى حوالة الحق اذا انصبت على جزء من الدين . ففى المثال السابق =

١٠٥ ــ التنازل عن مرتبة الرهن – النص القانونى

نصت المادة ١٠٥٩ على ما يأتى « للدائن المرتهن أن ينزل عن مرتبة رهنه فى حدود الدين المضمون بهذا الرهن لمصلحة دائن آخر له رهن مقيد على نفس العقار . ويجوز التمسك قبل هذا الدائن الآخر بجميع أوجه الدفع التى يجوز التمسك بها قبل الدائن الأول ، عدا ما كان منها متعلقا بانقضاء حق هذا الدائن الأول إذا كان هذا الانقضاء لاحقا للتنازل عن المرتبة » .

يستفاد من النص المتقدم أن الصورة التى يعرض لها المشرع تفترض تعدد الدائنين المرتهنين لذات العقار . وينصب الاتفاق على دعوة من جانب الدائن المتقدم إلى دائن آخر متأخر ، ليحتل هذا الأخير مرتبة الأول . وتتعدد البواعث التى تدفع إلى مثل هذا الاتفاق . فقد يكون ذلك مقابل عوض معين وقد يقع بنية التبرع ، اعتمادا من الدائن المتنازل على انتفاء مصلحته فى الرهن لوجود تأمين آخر يضمن له استيفاء دينه (١) .

= يتزاحم الدائن المحال له ، والدائن المحيل كل منهما على قدم المساواة لاستيفاء حقه من ثمن العقار المرهون ، فيأخذ كل دائن مبلغ ٥٠ .

ب – الحلول لا ينتج آثاره إلا بالقدر اللازم فقط لتمكين الموفى من الرجوع على المدين بما وفاه . أى أن الموفى لا يرجع على المدين إلا بقدر ما دفعه فعلا لا بقدر الدين كله ، وذلك على عكس الحال فى حوالة الحق ، إذ للدائن المحال له أن يرجع على المدين بقيمة الدين كله ولو كان قد دفع للمحيل ثمناً أقل من قيمته . وذلك أن حوالة الحق تتضمن معنى المضاربة وتهدف على هذا النحو إلى تحقيق منفعة للمحال له . أما الحلول الاتفاقى فهو أداة قانونية اصطنعها المشرع لتمكين الموفى من الرجوع بما دفعه وتزويده بالتأمينات التى كانت تكفل الوفاء بالدين . وبذلك لا يضمن الرهن فى الحلول الاتفاقى إلا المبلغ الذى دفعه الموفى ، أما فى الحوالة فهو يضمن الدين كله بصرف النظر عما دفعه المحال له .

مما تقدم يتضح لنا إذن أن الاتفاق الذى ينصب على الالتزام المضمون ، فينعكس على الرهن يختلف أثره من حيث الأفضلية باختلاف الأداة التى تستخدم لتحقيقه .

(١) ويلاحظ فى هذا الشأن أن إجازة المشرع لمثل هذا التنازل ، قد يفضى إلى تمكين الراهن من الاحتفاظ دائماً بالمرتبة الأولى فى حدود الدين الذى تضمن الوفاء به ، للحصول على ائتمان آخر من دائن جديد . ويتيسر ذلك باستخدام أداة الاشتراط لمصلحة الغير . وصورة =

والمشرع إذ أقر هذا الاتفاق حد من إطلاقه بقيد هام . وهو وجوب عدم الإضرار بالدائنين الذين يحتلون المراتب الوسطى التى تقع بين المرتبة الأولى والمرتبة المتأخرة . مثال ذلك أن يكون (ا) ، (ب) . (ج) دائنين مرتهنين يحتل كل منهم المرتبة الأولى والثانية والثالثة . يجوز عقد اتفاق يتنازل (ا) بمقتضاه عن مرتبته إلى (ج) ، ويشترط ألا يفضى هذا التنازل إلى الإضرار بمركز (ب) . ويترتب على ذلك ما يأتى : —

١ — لا يجوز النزول عن مرتبة الرهن إلا فى حدود قيمة دين المتنازل . فلو كان دين (ا) ألف ، دين (ج) ألفين ، فإن هذا الأخير لا يحتل المرتبة الأولى إلا فى حدود مبلغ ألف فقط . والقول بغير ذلك يسىء إلى مركز الدائن صاحب المرتبة الوسطى .

٢ — يحق للدائن الأوسط (ب) أن يتمسك فى مواجهة المتنازل له بكافة الدفوع التى كان من حقه أن يحتج بها فى مواجهة المتنازل (ا) . وقد استثنى القانون من ذلك ، الدفع المتصل بانقضاء دين المتنازل إذا توافر سببه فى تاريخ

= ذلك أن يتم اتفاق بين المدين والدائن المرتهن ، فيلتزم الأخير بمقتضاه أن يتخلى عن مرتبته لصالح دائن جديد إذا منح ائتماناً للمدين . وليس فى القواعد العامة ما يمنع مثل هذا الاتفاق ، على أنه يخضع لما جاء فى المادة ١٠٥٩ من أحكام . فلا يجوز أن يضر هذا التنازل بدائن آخر . وهو لا يسرى فى مواجهته إلا إذا تم التأشير به فى هامش القيد الأصلى ، ولا يحتج به إلا فى حدود المبلغ المستحق للدائن صاحب المرتبة الأولى . وظاهر أن استخدام هذه الأداة ييسر للمدين أن يبقى بصفة دائمة على المرتبة الأولى ، يستعين بها للحصول على ائتمان جديد ، وهنا يبدو أن الحكم الذى أخذ به المشرع قد يصطدم باتجاهه العام فى مبدأ تبعية الرهن فى القانون المصرى . ولكن تنبغى الإشارة من ناحية أخرى أن الدائن الذى قد يلحقه الضرر من الإبقاء على هذه المرتبة يجوز له دائماً الاحتجاج بكافة الدفوع التى كان له أن يتمسك بها فى مواجهة الدائن المتنازل . فإذا كان دين هذا الأخير قد أصابه البطلان ، أو زال لتوافر سبب من أسباب الانقضاء فى تاريخ سابق على التنازل ، فإن هذا الاتفاق لا يعتد به ويحق للدائن صاحب المرتبة الوسطى أن يحتل المرتبة الأولى المفضلة ، وينكر على المتنازل له استفادته منها .

لاحق على التنازل عن مرتبة الرهن . إذ أن الدائن المتأخر إذ يحتل المرتبة الأولى يكتسب حقا عليها . ولا يجوز التمسك قبله بأسباب انقضاء لاحقة أصابت دين المتنازل .

أخيراً يستفاد من المادة ١٠٥٩ أن التنازل عن مرتبة القيد لمصلحة دائن آخر لا يسرى فى مواجهة الغير . إلا إذا حصل التأثير به فى هامش القيد الأصلى، وقد أشرنا إلى هذا الحكم فى دراستنا للتأشيرات الهامشية . (١)

(١) راجع ما سبق فى دراسة التأشير فى هامش القيد فقرة ٦٥.

المبحث الثالث

التتبع

(علاقة الدائن المرتهن بحائز العقار المرهون)

١٠٦ — سلطة الدائن المرتهن فى التتبع أثر للحق العينى التبعى — تقسيم :

قدمنا من قبل أن الرهن يزود الدائن المرتهن بحق عينى تبعى . محل هذا الحق هو العقار ، وبعبارة أخرى أدق هو الكيان الاقتصادى للعقار . ويترتب على تقريره أن الدائن يستطيع إقصاء أي مزاحم له فى استيفاء دينه من القيمة التى يمثلها العقار (١) ، وذلك حسب المرتبة التى يكتسبها بمقتضى قيد الرهن .

هذه القيمة الاقتصادية تعتبر عنصراً هاما . فهى التى يتحدد على أساسها المقابل النقدى للعقار إذ أراد مالكه أن يتصرف فيه . وتقرير الحق العينى التبعى يخول لصاحبه الاستئثار بهذا المقابل. فالراهن تظل له السيطرة على المنافع التى يغلها العقار ، ولكن الدائن المرتهن يتربص بقيمته الاقتصادية . وعلى هذا النحو أجيز له أن يتتبعها فى الأحوال التى تنتقل فيها ملكية العقار ، أو أى حق عينى آخر قابل للرهن ، إلى شخص آخر غير الراهن .

هذا هو التتبع الذى أفصحت عنه الفقرة الأولى من المادة ١٠٦٠ بقولها «يجوز للدائن المرتهن عند حلول أجل الدين أن ينزع ملكية العقار المرهون فى يد الحائز لهذا العقار ، إلا إذا اختار الحائز أن يقضى الدين أو يطهر العقار من الرهن أو يتخلى عنه » وليست هذه الفقرة سوى تطبيق صادق للمادة ١٠٣٠ التى تقرر أن الدائن المرتهن يتقدم على غيره من الدائنين ، وله استيفاء حقه من ثمن العقار فى أى يد يكون .

---

(١) راجع فيما تقدم نقرة ٢٦ ، ٢٧ ، ٢٨ .

وحتى تتيسر الإحاطة بأحكام التتبع سنتعقبه منذ أن ينشأ . حتى ينقضى ، وبذلك نتناول بالبحث فيما يلى نشأة التتبع ومباشرته ، وأخيراً نختم دراسته ببيان انقضائه .

المطلب الاول

نشأة التتبع

١٠٧ - كيف ينشأ التتبع - الدلالة الاصطلاحية لتعبير حائز العقار المرهون - النص القانونى

يبدأ حق الدائن المرتهن فى التتبع ، يوم أن ينتقل العقار إلى يد شخص آخر يسمى « بالحائز » . على أن هذا التعبير له دلالة اصطلاحية ، من ثم وجب التعريف بقصد المشرع منه .

تكفلت المادة ١٠٦٠ فى فقرتها الثانية بتعريفه فنصت على ما يأتى «ويعتبر حائزا للعقار كل من انتقلت إليه بأى سبب من الأسباب ملكية هذا العقار ، أو أى حق عينى آخر عليه قابل للرهن ، دون أن يكون مسئولا مسئولية شخصية عن الدين المضمون بالرهن » .

على ضوء ما جاء فى هذه المادة يتيسر بيان الشروط الواجب توافرها ، حتى يصدق على الشخص وصف حائز العقار المرهون ، بالمعنى المقصود فى التتبع . وسنعنى قبل فحص هذه الشروط ، بالنظر إلى التكييف القانونى لمركزه ، فقد أثار بين الفقهاء بعض الجدل .

١٠٨ — التكييف القانونى لمركز حائز العقار المرهون — رفض نظرية الالتزام العينى — التنفيذ أثر المحو العينى التبعى :

بذلت محاولات فقهية فى أواخر القرن التاسع عشر ، كتب لها بعض النجاح لخلق طائفة جديدة من الالتزامات تكتسب الصفة العينية (١) . قوام هذا الاتجاه أن بعض الالتزامات تنتزع وجودها من شىء تلحق به ، وتكليف الشخص بأدائها لا يستند إلى توافر صفة المديونية فيه ، بل أساسه هو حيازة الشىء . ونتيجة هذا التصوير أن الالتزام يزول عن الشخص إذا تصرف فى الشىء إلى الغير . وهنا تظهر الخصيصة الجوهرية فى تقدير هذه النظرية ، فالتخلى عن الشىء أو تركه يبرىء ذمة الشخص من الالتزام ، ويلقى بعبئه على حائزه الجديد .

هذه هى نقطة البداية فى نظرية الالتزام العينى ، وعلى ضوئها حدد الفقه الذى روج لها نطاق تطبيقها . ونحن نجتزىء منه ما يمس دراستنا . وقد قيل فى هذا الصدد أن حائز العقار المرهون يتحدد مركزه على أساس أن التزامه عينى وذلك باعتبار أن الدائن المرتهن ، لا يستطيع أن يجبره على وفاء الدين ، كقاعدة عامة ، وإنما تتحدد مسئوليته فى حدود قيمة العقار المرهون . وهو يبرىء ذمته ، وبالتالى لايجوز توجيه الإجراءات إليه ، إذا تخلى عن العقار . وهكذا ينتهى هذا الفقه إلى وجود التزامات عينية ، تتميز بطبيعتها وآثارها عن الالتزامات الشخصية (٢) .

ونحن من ناحيتنا لا نؤيد هذا التصوير ، ذلك أن الالتزام يقتضى بطبيعته

---

(١) روج لهذه النظرية الأستاذ ميشون «الالتزامات العينية فى التقنين المدنى» رسالة من نانسى ١٨٩١ — انظر تعليق بونكاز فى الملحق لمطول بودرى ج ٥ ص ٣٥١ — ميشيل دى جيجلار «الالتزامات العينية وحقوق الارتفاق» رسالة من بوردو ١٩٣٧ — راجع فى الفقه المصرى شفيق شحاته فى نظرية الحق العينى ، عبد الحى حجازى فى نظرية الالتزامات ج ١ ص ٧٧ وما بعدها . وانظر فى نقد هذه النظرية اسماعيل غانم فى أحكام الالتزام فقرة ٢١ وما بعدها . انظر أيضاً ما تقدم فى دراسة الكفيل العينى فقرة ٨٥ .

(٢) هذا هو التصوير الذى قدمه الاستاذ ميشون مؤسس النظرية ، وقد رجعنا إليه فى بونكاز المرجع السابق فقرة ١٧٤ ، ١٨٢ .

إسناده إلى شخص ، ولا يجوز القول بانتزاع وجوده من شيء . بل وإذا اقتصرنا على الحائز للعقار المرهون ، لوجدنا إمكان الاستغناء عن هذه النظرية لتفسير مركزه .

أداة هذا التفسير هي مضمون الحق العيني التبعي الذي يكتسبه الدائن المرتهن للعقار (١) . هذا الحق ، وكما قدمنا ، يصيب العقار في كيانه الاقتصادي ، فيخول لصاحبه أن يستوفي دينه من المقابل النقدي للعقار ، وذلك بصرف النظر عن بقائه مملوكا للراهن ، أو انتقال هذه الملكية إلى شخص آخر ، لأن الأصل في الحقوق العينية ، أنها تجيز لمن تقررت له أن يتتبع الشيء في أي يد كان . ولئن كان هذا الحكم يصطدم في المنقول بحيازة شخص حسن النية ، فهو في العقار يلقى تطبيقاً مطلقاً .

على ضوء ما تقدم يتبين لنا أن حائز العقار المرهون لا تتوافر فيه صفة المديونية ، وبالتالي أيضاً فهو لا يسأل عن أداء الدين في أي مال من أمواله . ولكن ذلك لا يمنع الدائن المرتهن من التنفيذ على العقار الذي انتقلت ملكيته للحائز ، ليس لأنه مدين بالتزام عيني ، وإنما لأن حق الدائن يخول له أن يتعقب العقار لاستيفاء دينه من مقابله النقدي .

تحديد مركز حائز العقار المرهون على النحو المتقدم يمهد لنا بيان الشروط التي ينبغي أن تتوافر فيه ، حتى يصدق عليه هذا الوصف .

١٠٩ — الشروط الواجب توافرها في حائز العقار المرهون :

يباشر الدائن المرتهن سلطته في تتبع العقار في مواجهة حائز العقار المرهون. على أن صفة الحائز ، التي تفضي إلى مباشرة التتبع ، تقتضي توافر شروط معينة .

هذه الشروط تستند في مجموعها إلى ما قدمناه بشأن مركز الحائز . فهو

---

(١) انظر بونكاز المرجع السابق فقرة ١٩٣ — اسماعيل غانم المرجع السابق فقرة ٢٢ .

شخص لا تتوافر فيه صفة المديونية . ولكن مضمون الحق العيني التبعي الذى اكتسبه الدائن ، يخول له أن يتعقب العقار فى أي يد كان .

على ضوء ما تقدم ينبغى تفهم نص الفقرة الثانية من المادة ١٠٦٠ التى تقضى بما يأتى « ويعتبر حائزاً للعقار المرهون كل من انتقلت إليه بأى سبب من الأسباب ملكية هذا العقار . أو أى حق عينى آخر عليه قابل للرهن ، دون أن يكون مسئولا مسئولية شخصية عن الدين المضمون بالرهن » .

يستفاد من هذا النص . وجوب توافر الشروط الآتية فى الشخص ، حتى يعتبر حائزا للعقار المرهون بالمعنى المقصود فى التتبع .

١ — يجب أن تنتقل إلى الحائز ملكية العقار المرهون كله أو بعضه ، أو أى حق عينى قابل للبيع بالمزاد العلنى بصفة مستقلة . والعلة فى هذا الشرط أن أى تصرف قانونى يعقده الراهن بشأن العقار لا يقتضى حتما نشأة التتبع . وإنما التتبع ينشأ فقط حيث يتقرر حق عينى يجوز بيعه . عندئذ يتعرض مركز الدائن المرتهن للخطر ، فيحق له أن يباشر سلطة التتبع ، ويتحقق ذلك إذا اكتسب الحائز ملكية العقار وهذه هى الصورة الغالبة . ويتوافر أيضاً إذا تقرر له حق انتفاع (١) ، أو إذا تصرف الراهن فى ملكية الرقبة واحتفظ بالانتفاع ، إذ

---

(١) يلاحظ أن نص المادة ١٠٦٠ يعتبر حائزاً للعقار كل من انتقلت اليه ملكيته أو أى حق عينى قابل للرهن ، هذه الصفة الثانية لا تصدق إلا على حق الانتفاع . ولذلك قد تتخذ هذه المادة سنداً لتأييد الاتجاه الغالب فى الفقه المصرى بشأن جواز حق الانتفاع فى القانون المصرى وقد سبق أن أثرنا الشك فى إمكان رهنه . على أننا لم نسلك هذا المسلك لأن حق الانتفاع فى ذاته غير قابل للرهن ، وإنما استندنا إلى النصوص التى تبين الشروط الواجب توافرها فى شخص الراهن ، وفى محل الرهن . وقد أشرنا فى هذا الصدد أن المشرع لم يفصح عن نيته فى رهن حق الانتفاع لندرة وقوعه فى مصر . (راجع ما تقدم فقرة ٥٢ ، ص ١٥٣) . أما الفقرة الثانية من المادة ١٠٦٠ فهى وإن كانت تصلح سنداً للكشف عن هذه النية ، إلا أن دلالتها قاصرة . فهى أتت بصفة أصيلة لتحديد معنى الحائز ، فاعتبرت حائزاً للعقار المرهون كل من انتقلت إليه ملكية العقار أو أى حق عينى قابل للرهن ، وتقصد فى الواقع كل حق عينى قابل للحجز . وأياً ما كان الأمر فيبدو لنا أن المشرع فى صياغة هذه المادة قد انصرفت عنايته فقط إلى بيان الأحوال التى تخول للدائن المرتهن أن يباشر التتبع ، دون أن يقصد وضع مبدأ عام بشأن رهن حق الانتفاع .

يعتبر مالك الرقبة ايضا حائزا للعقار المرهون .

تطبيقاً لما تقدم لا يصدق وصف الحائز على مستأجر العقار ، أو مجرد واضع اليد عليه إذا لم يكن قد اكتسب ملكيته بالتقادم . فالدائن المرتهن لا يتعقب العقار فى هذه الصورة ، وإنما له أن ينفذ عليه فى مواجهة مالكه .

كذلك لا يعتبر حائزاً كل من اكتسب حقاً عينياً غير قابل للبيع بالمزاد العلنى وذلك كحق الاستعمال أو السكنى ، وحق الارتفاق أيضاً لأنه لا يجوز بيعه مستقلا عن العقار . بل يباشر الدائن إجراءات التنفيذ فى مواجهة الراهن. ولا يحتج عليه بهذه الحقوق إذا تم شهر التصرفات القانونية التى تقررت بمقتضاها قبل قيد الرهن .

وإذا تصرف الراهن فى عقارات بالتخصيص ، فلا يكون المتصرف إليه فى مركز الحائز بطبيعة الحال . وذلك أن مجرد التصرف يرد إليها طبيعتها المنقولة ، وتخضع عندئذ لما قدمناه من أحكام بشأن تعلق حق الدائن المرتهن بالعقارات بالتخصيص (١) .

وغنى عن البيان أن الدائن لا يتتبع العقار فى مواجهة دائن مرتهن آخر ، لأن الرهن ليس من الحقوق العينية التى تخلع على صاحبها صفة الحائز . بل يستطيع أى منهم أى يوجه اجراءات التنفيذ إلى الراهن ، ويحسم التزاحم بينهم مبدأ الأسبقية فى القيد .

٢ ـ يجب أن تنتقل ملكية العقار أو الحق العينى القابل للبيع استقلالا ، بعد قيد الرهن وقبل تسجيل تنبيه نزع الملكية .

ويستفاد من هذا الشرط أن حق الحائز إذا تم شهره فى تاريخ سابق على قيد

---

(١) راجع ما تقدم فقرة ٨٣ .

الرهن . فهنا لا يستطيع الدائن المرتهن أن يحتج بحقه فى مواجهته . وبالتالى يمتنع عليه مباشرة سلطة التتبع .

أما إذا أجرى الشهر بعد تسجيل تنبيه نزع الملكية . فهنا لا يسرى حق الحائز على الدائن المرتهن . وفى هذا الشأن تنص المادة ٦١٦ من تقنين المرافعات على أنه « لا ينفذ تصرف المدين فى العقار إذا كان التصرف قد حصل شهره بعد تسجيل تنبيه نزع الملكية (١) » .

٣ — يجب أن يسجل الحائز سند ملكيته أو السند المنشىء للحق العينى ، إذا كان قد تلقى الحق بموجب تصرف قانونى . وليس هذا الشرط سوى مجرد تطبيق لنص المادة ٩ من قانون تنظيم الشهر العقارى التى تستلزم تسجيل جميع التصرفات والأحكام التى يترتب عليها إنشاء أو نقل أو تغيير أى حق من الحقوق العينية العقارية الأصلية . وينتج عن عدم التسجيل أن الحقوق المشار إليها لا تنشأ ولا تنتقل ولا تتغير لا بين ذوى الشأن ولا بالنسبة إلى غيرهم .

أما إذا كان الشخص قد اكتسب ملكية العقار بسبب التقادم . فهنا لا يلزم

---

(١) وقد تقرر هذا الشرط فى تقنين المرافعات استجابة إلى ماسار عليه قضاء محكمة النقض . فقد جاء فى حكم لها فى ١٩ ديسمبر ١٩٣٥ (منشور فى مجموعة القواعد القانونية ج ١ ص ٩٨٨) «إن إنذار الحائز إنما يكون واجباً فى صورة ما إذا كان لهذا الحائز وجود فى ذلك الظرف الزمنى الذى ينبه فيه الدائن المرتهن على مدينه بالوفاء وينذره بنزع الملكية ، ولو وجب على الدائن المرتهن أن ينذر كل من يحوز العقار بعقد لم يسجل إلا بعد ذلك الظرف الزمنى ، لكان فى هذا تكليف للدائن المذكور أن يظل ملازماً لقلم التسجيلات يكشف فيه يومياً عن حدوث تسجيل لتصرف من المدين ، حتى يقوم بواجبه من إنذار المتصرف إليه ، وهذا خطأ وفساد رأى يتنزه عنه الشارع » . ويلاحظ أن تقنين المرافعات قد أجاز سريان التصرف الذى يسجل بعد تنبيه نزع الملكية إذا قام المتصرف اليه بسداد حقوق الدائنين ، ويكفى فى هذا الشأن أن يقوم بإيداع أصل الحق وفوائده والمصاريف فى خزانة المحكمة قبل اليوم المحدد لبيع العقار . راجع فى تفصيل ذلك المغفور له الدكتور محمد حامد فهمى فقرة ٣٤٩ .

تسجيل سنده ، ومع ذلك يصدق عليه وصف الحائز . فيجب أن يعامله الدائن المرتهن على هذا الأساس . ويستفاد ذلك صراحة من نص المادة ١٠٦٠ ، التى جاءت صياغتها خالية من أية إشارة لضرورة تسجيل سند الحائز. وهى على هذا النحو تدخل فى نطاق تطبيقها صورة اكتساب الملكية بالتقادم . ولا يصح الاحتجاج فى هذا الصدد بما ورد فى الفقرة الأولى من المادة ٦٢٦ فى تقنين المرافعات التى تعبر عن الحائز بأنه من آل إليه العقار بعقد مسجل . فهذه المادة تبين الإجراءات التى يجب اتباعها فى مواجهة الحائز ، وقد أشارت بصفة عرضية لتعريف الحائز فى الصورة الغالبة المألوفة ، وهى التى يتلقى فيها ملكية العقار بموجب تصرف قانونى. على أنها لم تقصد وضع تعريف جامع يرجع إليه لتحديد معنى الحائز فى التتبع . المرجع الأصلى لهذا التحديد هو ما وضعه التقنين المدنى من أحكام . ويستفاد ذلك صراحة من المذكرة الإيضاحية للمشروع الأول لقانون المرافعات ، فقد جاء فيها « الأصل أن تعريف الحائز من اختصاص القانون المدنى لا قانون المرافعات . إلا أن الضرورة اقتضت أن يرد التعريف فى هذا القانون حتى يتسنى إلحاق بعض الأشخاص بالحائز ، وفى التعريف الوارد فى المشروع من الدقة والتحديد ما يكفى لمواجهة الصور العادية التى تنتقل فيها ملكية أى حق عينى على العقار يجوز بيعه من المدين إلى شخص ثالث . . » ظاهر إذن أن نية المشرع لم تنصرف إلى الاستئثار بوضع تعريف شامل للحائز ، بل اضطر إلى ذلك لتحديد الأشخاص الذين تتبع فى مواجهتهم الإجراءات التى رسمها . وهو فى تعريفه لم يعرض إلا للصور العادية لكسب الملكية أو الحقوق العينية العقارية .

٤ — يجب ألا تتوافر فى الحائز صفة المديونية . وهذا هو ما يعنيه المشرع بقوله فى م ١٠٦٠ ، ألا يكون مسئولا مسئولية شخصية عن الدين .

المقصود بهذا الشرط أن صفة الحائز لا تصدق إلا على شخص لا تقوم فيه صفة المديونية فى مواجهة الدائن المرتهن . أما حيث تتوافر صفة المديونية ، تتخلف فوراً صفة الحائز فيمن تلقى ملكية العقار أو أى حق عينى قابل للبيع .

تطبيقاً لما تقدم لا يعتبر حائزاً للعقار المرهون المدين المتضامن أو الكفيل الشخصى . بل ولا يعتبر الكفيل العينى أيضاً حائزاً للعقار المرهون . وذلك أنه كما قدمنا من قبل قد التزم فى مواجهة الدائن فتوافرت فيه صفة المديونية ، ولكنها مديونية تسندها مسئولية محددة ، قاصرة على القيمة الاقتصادية للعقار المرهون .

وعلى هذا النحو لا تنطبق على الكفيل العينى كافة الأحكام التى وضعها المشرع بشأن الحائز ، وبصفة خاصة وكما قدمنا يجب على الدائن أن يتخذ فى مواجهته اجراءات التنفيذ كاملة ، ولا يجوز للكفيل العينى أن يتمسك بتطهير العقار ، لأنها وسيلة قانونية تمتنع على كل من توافرت فيه المديونية فى مواجهة الدائن . على أنه يلاحظ فى هذا الشأن ، أن المشرع أجاز له تخليه العقار وهو حكم مرده إلى المسئولية المحددة فى نطاق هذا العقار . لذلك لم ير القانون حرجا من إمكان مباشرة إجراءات التنفيذ فى مواجهة شخص آخر إذا عبر الكفيل عن رغبته فى التخلية(١) .

ولا يعتبر الوارث أيضا حائزا للعقار المرهون . ويتجه الرأى السائد إلى تأصيل هذا الحكم بالاستعانة بالمبدأ الذى يقضى بألا تركه إلا بعد سداد الدين .فهو من شأنه ألا يجعل ملكية العقار المرهون تنتقل إلى الوارث إلا بعد سداد الدين المضمون بالرهن ، أى بعد زوال الرهن .أما إذا صفيت التركة وفقاً للاجراءات التى نظمها القانون ، ووقع فى نصيب الوارث العقار المرهون ، فتحمل ماعليه من دين ، فإن الوارث فى هذه الحالة يكون مسئولا شخصيا عن الدين ، فلا يجوز أيضا اعتباره حائزا للعقار المرهون (٢) .

على أن هناك اتجاهاً فقهياً حديثاً يفضى إلى النتيجة المتقدمة ، ولكنه ينكر التبرير المؤدى إليها . ذلك أن افتراض بقاء شخصية المورث بعد وفاته ، للقول

---

(١) راجع ما تقدم بند ٨٥ وانظر ما يلى فى دراسة تطهير العقار وتخليته .

(٢) انظر مجموعة الأعمال التحضيرية جـ ٧ ص ٩٤ — عبد الفتاح عبد الباقى ص ٤١٣ ، سليمان مرقس ص ١٩٢ .

بألا تركة إلا بعد سداد الديون ، يستند إلى صناعة قانونية ، يمكن الاستغناء عنها . والواقع من الأمر أن الديون تنتقل إلى الورثة بمجرد وفاة المورث ، ولكن المديونية هنا تقترن بمسئولية محددة تقتصر فقط على ما تلقاه الورثة من أموال . وغنى عن البيان أن التسليم بهذا النظر الجديد ، ينكر صفة الحائز على الوارث أيضا ، لأنه يعتبر مسئولا عن أداء الدين (١) .

٥ — يجب ألا يترتب على سند الحائز زوال ساطة التتبع . ويتحقق ذلك فى كافة الصور التى تنتقل فيها الملكية إلى شخص آخر مطهرة من كل رهن . فاذا نزعت مثلا ملكية العقار للمنفعة العامة ، فاكتسب صفة الأموال العامة ، لا يجوز للدائن المرتهن أن يتتبع العقار تحت يد الجهة الحكومية التى نزعت الملكية . وإنما ينصب حقه على التعويض المستحق كما بينا من قبل (٢) . كذلك الحال أيضا إذا ما بيع العقار بيعا جبريا ورسا المزاد على شخص معين ، فإن تسجيل حكم مرسى المزاد يترتب عليه تطهير العقار من كل التأمينات التى تثقله — م. ٦٩٠ مرافعات — (٣) .

واستحدث قانون الاصلاح الزراعى حكما متعلقاً باستيلاء الحكومة على القدر الزائد عن مائتى فدان ، فقد نصت المادة ٧ من هذا القانون على مايأتى « إذا كانت الأرض التى استولت عليها الحكومة مثقلة بحق رهن أو اختصاص أو امتياز استنزل من قيمة المستحق لصاحب الأرض ما يعادل كامل الدين المضمون بهذا الحق . وللحكومة إذا لم تحل محل المدين فى الدين ، أن تستبدل

---

(١) انظر فى تقديم هذا الاتجاه اسماعيل غانم «دراسة نقدية لفكرة الذمة المالية فى القانون المصرى والفرنسى » رسالة إلى كلية حقوق باريس ١٩٥١ ص ٥٦ وما بعدها ، ومحاضراته فى الحقوق العينية الأصلية الإسكندرية ١٩٥٣ (على الآلة الكاتبة) ص ١٣٥ وما بعدها .

(٢) راجع ما تقدم فقرة ٩٤ .

(٣) انظر ما سيلى فى دراسة التطهير وانقضاء الرهن حيث يعرض البحث بشأن وجوب دفع الثمن للدائنين أو إيداعه فى خزانة المحكمة لوقوع التطهير .

بها سندات عليها بفائدة تعادل فائدة الدين . على أن تستهلك هذه السندات فى مدة لا تزيد عن ثلاثين سنة . . ».

يستفاد إذن من هذا النص أن ملكية القدر الزائد إذا وزعت على صغـــار الفلاحين ، تخلص لهم خالية من أن حق عينى تبعى يثقلها . وعلى هذا النحو فلا يعتبر المزارع فى مرتبة الحائز فى مواجهة الدائن(١) .

المطلب الثانى

مباشرة التتبع

١١٠ — مركز الحائز قبل مباشرة التتبع مماثل لمركز الراهن — تحديد النطاق الزمنى لسلطة الحائز فى الاستغلال والتصرف :

يخضع الحائز فى الفترة السابقة على مباشرة التتبع لكافة الأحكام التى عالجناها بشأن مركز الراهن خلال الفترة السلمية التى تسبق التنفيذ على العقار المرهون. فهو يظل متمتعاً بالسلطات التى يكفلها حق الملكية من استعمال واستغلال

---

(١) يلاحظ فى هذا الشأن أن القانون رقم ٥٩٨ لسنة ١٩٥٣ بشأن أموال أسرة محمد على المصادرة لم ينقل إلى الدولة ملكية العقارات مطهرة من الرهون المقررة عليها ، وبالتالى يجوز للدائنين أن ينفذوا عليها فى مواجهة لجنة تصفية الأموال المصادرة . فقد جاء فى م ٢/٨ ما يأتى «تنتقل الأعيان التى آلت ملكيتها للدولة نتيجة لقرار المصادرة مثقلة بالتأمينات التى كانت مثقلة بها قبل هذا القرار لصالح أصحاب الديون التى تكفل هذه التأمينات حقوقهم بالنسبة لحساب مرتبتها ، دون حاجة إلى اتخاذ إجراءات تجديد القيد لحفظ هذه المرتبة ، ولا يجوز الحصول على حق اختصاص على عقار من العقارات المصادرة ، ويقع غير نافذ فى حق باقى الدائنين كل اختصاص أخذ بعد ٨ نوفمبر سنة ١٩٥٣» . وتنطبق أحكام هذه المادة على الأموال المصادرة من محكمة الثورة وأموال الأحزاب المنحلة (أنظر القانون رقم ٦٤٨ لسنة ١٩٥٣ م ٦) .

وتصرف ، وذلك مع مراعاة القيد المتصل بعدم الإضرار بالدائن المرتهن والإنقاص من قيمة التأمين (١) .

ولكن تنبغى الإشارة بصدد الحائز إلى بعض أحكام جاءت فى تقنين المرافعات تتصل بسلطتى الاستغلال ، والتصرف ، وتقييد كل منها من حيث النطاق الزمنى لمباشرتها .

سلطة الاستغلال : الأصل هو إطلاق حرية الحائز فى توجيه استغلال العقار وفى قبض ثماره والتصرف فيها ، على غرار ما قدمنا بشأن الراهن .

وقد ظهر لنا من دراستنا المتقدمة أن سلطة الراهن فى الاستغلال يصيبها بعض القيود . نشير من بينها بصفة خاصة إلى أن تسجيل تنبيه نزع الملكية يترتب عليه إلحاق الثمار بالعقار ، فتأخذ حكمه ويتعلق بها حق الدائن المرتهن ، فيجرى عليها ما يجرى بشأن توزيع ثمن العقار ونشير أيضاً إلى أن قبض أجرة معجلة أو تحويلها لا يسرى فى مواجهة الدائن إلا إذا كان للمخالصة أو الحوالة تاريخ ثابت قبل تسجيل التنبيه ، وهى لا تنفذ إذا جاوزت ثلاث سنوات إلا إذا سجلت قبل قيد الرهن .

هذه الآثار المتقدمة لا تترتب فى مواجهة الحائز ، الذى انتقلت إليه ملكية العقار ، إلا منذ اتخاذ آخر إجراء يوجه إليه ، ويعبر عنه فى لغة قانون المرافعات بإنذار الدفع أو التخلية . وكأن حائز العقار إذن لا يخضع للقيود المتقدمة إلا إذا أعلن بإنذار الدفع أو التخلية . هذا هو ما عبرت عنه المادة ٦٢٧ مرافعات بقولها : « يترتب على إعلان الإنذار فى حق الحائز جميع الأحكام المنصوص عليها فى المواد ٦١٧ — ٦٢٥ » ويقصد بها القيود المترتبة على تسجيل تنبيه نزع الملكية بالنسبة إلى تقييد حق الراهن فى استغلال العقار والاستئثار بثمراته .

---

(١) راجع ما تقدم فى دراستنا لتقييد حق مالك العقار المرهون فى استعماله واستغلاله والتصرف فيه فقرة ٧١ وما بعدها . وانظر أيضاً أثر تسجيل تنبيه نزع الملكية على قيد الرهن والتصرف فى العقار فقرة ٦٨ .

ويراعى فى هذا الصدد أن المشرع لم يشترط تسجيل الإنذار الموجه للحائز بالدفع أو التخلية ، حتى تلتحق الثمار بالعقار ويتقيد حقه فى الاستغلال . بل رتب هذه الآثار على مجرد إعلان الحائز بالإنذار .

على أنه يلاحظ من ناحية أخرى أن المشرع اشترط تسجيل الإنذار ، لتحقيق هدف آخر . فقد أراد بهذا التسجيل تمكين الغير الذى قد يتعامل مع الحائز من العلم بإنذاره ، وذلك إذا ما أطلع على الحالة القانونية للعقار فى الدفاتر المعدة لهذا الغرض بالشهر العقارى (١) .

سلطة التصرف : الأصل هنا أيضاً أن حائز العقار تنطلق حريته فى التصرف فيه. فقد علمنا أن الرهن الرسمى لا يمس سلطة مالك العقار فى التصرف. ولكن هذه الحرية تتقيد منذ اتخاذ إجراء معين من جانب الدائن .

قد يبدو لأول وهلة أن حرية الحائز فى التصرف تظل باقية حتى يقوم الدائن بإعلانه بإنذار الدفع أو التخلية ، وذلك على غرار ما قدمنا بشأن تقييد سلطته فى استغلال العقار وقبض ثماره .

---

(١) تقول المذكرة التفسيرية لمشروع قانون المرافعات أنه ليس ثمة ما يمنع من ترتيب الآثار المتصلة بتقييد حق الحائز فى استغلال العقار وقبض ثماره ، على مجرد إعلان الإنذار وقبل تسجيله. ذلك أن هذه الآثار تتعلق بتقييد حقوق الحائز فى تأجير العقار والانتفاع به أو بثمراته أو بإلحاق هذه الثمرات بالعقار . هذه القيود لا تتصل بحقوق الغير ، بل تمس سلطة خاصة بالحائز ، فلا تحتاج إذن إلى اتخاذ إجراء من إجراءات الشهر . وتضيف المذكرة التفسيرية «لولا أن المشروع إنما يعتبر العقار موضوعاً تحت يد القضاء من تاريخ تسجيل التنبيه ، بحيث لا يمكن ترتيب أى أثر من آثار الحجز على أى إجراء يسبق هذا التسجيل ، لما كان هناك مانع نظرى أو عملى من ترتيب تلك الآثار فى حق المدين نفسه من تاريخ إعلانه بالتنبيه» . ثم تقرر فى سبيل تبرير اشتراط تسجيل إنذار الحائز أنه «لم يقصد من تسجيل هذا الإنذار توقيع الحجز على إسم الحائز ، فإن هذا الحجز يقع وينتج آثاره فى حق الحائز من تاريخ تسجيل التنبيه أو من تاريخ إعلان الإنذار ، وإنما قصد من تسجيل الإنذار استيفاء إجراءات الشهر زيادة فى رعاية من يتعاملون مع الحائز . أنظر أستاذنا المغفور له الدكتور محمد حامد فهمى ص ٣٥٢ فقرة ٣٦٣ - أحمد أبو الوفا ص ٦٥٧ .

لم يأخذ المشرع بهذا الحكم بالنسبة إلى التصرفات . بل رأى أن يكون تسجيل تنبيه نزع الملكية هو الحد الزمني الذى يتوقف بعده نفاذ أى تصرف فى مواجهة الدائن . وينطلق هذا الحكم دون تفرقة بين تصرف صدر من الراهن أم تصرف أجراه الحائز . ويترتب على ذلك أنه إذا كان الراهن قد باع العقار بعقد تم شهره قبل تسجيل تنبيه نزع الملكية ، أصبح المشترى حائزاً . فإذا تصرف هذا الحائز فى العقار إلى آخر بعد تسجيل التنبيه ، فإن هذا التصرف لا يحتج به على الدائن . ولو لم يكن قد أعلن الحائز بعد بإنذار الدفع أو التخلية .

هذا الحكم المتقدم قد يسىء إلى مركز المشترى من الحائز ، وذلك لأن تسجيل التنبيه يجرى على إسم المدين ، وعلى هذا النحو لا يظهر أثره فى دفاتر الشهر العقارى عند الكشف عن تصرفات الحائز .

على أن هذا هو الحكم الذى ارتضاه تقنين المرافعات ، وأفصح عنه صراحة فى المادة ٦١٦ التى تحكم عدم نفاذ التصرفات التالية على تسجيل تنبيه نزع الملكية ، فعبر عنها بالتصرفات الصادرة من المدين أو الحائز (١) .

---

(١) جاء فى المذكرة التفسيرية لمشروع قانون المرافعات تعليقاً على الحكم الوارد فى م ٦١٦ ما يأتى « ومما يجب ملاحظته فى هذا النص الجديد أن التصرفات التى لا تنفذ بسبب تأخير تسجيلها (أو قيدها) عن تسجيل التنبيه ليست هى تصرفات المدين فقط بل تصرفات حائز العقار أيضاً . وليس فى هذا عنت بمن يتعامل مع الحائز ، فلا تدله دفاتر التسجيل على حصول أى تسجيل على اسم الحائز ، لأن هذا الذى يتعامل مع الحائز يقضى عليه الحذر بأن يكشف فى دفاتر التسجيل عن تصرفات من سبق له التصرف إلى الحائز ومن سبق له التصرف إلى المتصرف .... وهكذا إلى أن يجد قيد الرهن وتسجيل التنبيه على اسم المدين . والحق أنه لا يقبل ممن تصرف اليه الحائز احتجاجه بجهل تسجيل التنبيه على اسم المدين أكثر مما يقبل منه احتجاجه بجهل قيد الرهن على اسم مالك سابق . ولقد قصد المشروع أن يجعل تسجيل التنبيه هو الحد بين التصرفات التى تنفذ فى حق الدائنين والتصرفات التى لا تنفذ فى حقهم أياً كان الشخص الذى يصدر منه التصرف مديناً أو حائزاً . ولقد حقق المشروع بهذا الذى أخذ به تيسيراً كبيراً على الدائنين بأن وفر عليهم تتبع تسلسل التصرفات بعد تسجيل التنبيه وما يتبع ذلك من تكرر توقيع الحجز على حائز بعد آخر ، دون أن يخل بأى حق من حقوق من يتعاملون مع المدين أو مع الحائز ويلتزمون فى معاملاتهم جانب الحذر والاحتياط على الوجه المتقدم بيانه » - راجع المغفور له الدكتور محمد حامد فهمى المرجع السابق فقرة ٣٥٠ . =

يظهر لنا إذن مما تقدم أن سلطة الحائز فى استغلال العقار والتصرف تنطلق آثارها على نحو يماثل ما هو مقرر بالنسبة إلى الراهن .

ولكن تتحدد هذه السلطات فى نطاق زمنى تنبغى التفرقة بشأنه . فبالنسبة إلى الاستغلال ، لا تلتحق الثمار بالعقار ولا تتقيد حرية الحائز فى الاستغلال وقبض أجره أو تحويلها ، إلا منذ تاريخ إعلان الإنذار بالدفع أو التخلية .أما فيما يتصل بالتصرف فقد وضع المشرع حكما عاما يصدق على الراهن والحائز معاً ، وهو أن كل تصرف لاحق على تسجيل تنبيه نزع الملكية لا ينفذ فى مواجهة الدائن .

١١١ — مباشرة التتبع فى مواجهة الحائز تقتضى مراعاة اجراءات خاصة :

إذا توافرت فى الشخص صفة الحائز على النحو الذى بيناه من قبل ، ترتب على ذلك وجوب مراعاة إجراءات خاصة للتنفيذ على العقار فى مواجهته .وقد وضع التقنين المدنى أسسها ، وعنى تقنين المرافعات ببيان تفاصيلها وجزاء الانحراف عنها .

نصت المادة ١٠٦٠ من التقنين على أنه « يجوز للدائن المرتهن عند حلول أجل الدين أن ينزع ملكية العقار فى يد الحائز لهذا العقار ؛ الا اذا اختار الحائز أن يقضي الدين أو يطهر العقار من الرهن أو يتخلى عنه » .

=ويبدو لنا أن المشرع فى تقنين المرافعات أسرف فى حرصه على مصالح الدائنين ، على حساب المتعامل مع الحائز . ذلك أن هذا الأخير قد يجهل وجود الرهن ، إذ أن الاطلاع فى دفاتر الشهر بالتحقق من سند ملكية الحائز لن يدله على قيد الرهن ، ومن باب أولى لن يدله أيضاً على تسجيل تنبيه نزع الملكية الذى وجه إلى الراهن . ولعله كان من الأوفق تعليق عدم نفاذ تصرفات الحائز على تسجيل الإنذار الموجه إليه شخصياً . فعندئذ لا يستطيع من يشترى العقار فى تاريخ لاحق أن يحتج بحسن نيته . بل وقد قررت المذكرة التفسيرية أن تسجيل الإنذار قصد به رعاية من يتعاملون مع الحائز راجع ما تقدم ص ٣٢٣ هامش ١ .

وأضافت المادة ١٠٧٣ أنه « إذا لم يختر الحائز أن يقضى الديون المقيدة أو يطهر العقار من الرهن أو يتخلى عن العقار ، فلا يجوز للدائن المرتهن أن يتخذ فى مواجهته إجراءات نزع الملكية وفقاً لأحكام قانون المرافعات إلا بعد إنذاره بدفع الدين المستحق أو تخليه العقار ، ويكون الإنذار بعد التنبيه على المدين بنزع الملكية أو مع التنبيه فى وقت واحد » .

على ضوء ماتقدم من نصوص ، عقد تقنين المرافعات فصلا خصصه «لإنذار الحائز وتسجيل الإنذار » (المادة ٦١٦ وما بعدها) . وقد جاء فى المادة ٦٢٦ ما يأتى « إذا كان المرهون فى يد حائز آل إليه بعقد مسجل قبل تسجيل التنبيه (تنبيه نزع الملكية) وجب إنذاره بدفع الدين أو تخليه العقار وإلا جرى التنفيذ فى مواجهته . ويجب أن يكون الإنذار مصحوباً بتبليغ التنبيه إليه وإلا كان باطلا .

موقف الدائن : حتى يستطيع الدائن أن يتخذ موقفاً على ضوء ما تقدم من نصوص ، يجب أن يكون دينه أصبح مستحق الأداء ، لأن التنفيذ لا يجوز بمقتضى حق مؤجل . ويجب أن يكون الرهن قد أجرى قيده فى موعد مناسب حتى يسرى على الحائز . فإذا تم بعد تسجيل التصرف الذى نقل ملكية العقار إلى الحائز فهو لا يحتج به عليه .

وإذا أصبح الدائن فى موقف يسمح له بالتنفيذ على العقار ، وجب عليه أن يتخذ إجراءين : —

١ — التنبيه على المدين بالدفع ويكون ذلك بالتنبيه بنزع ملكية العقار . ويلاحظ أن القانون أوجب التنبيه على المدين رغم أن اجراءات التنفيذ قد تتخذ ضد الحائز . وروعى فى ذلك أن المدين هو المسئول الأصلى عن الوفاء ومن الواجب إخطاره بالشروع فى التنفيذ عساه يكون مزوداً بدفوع توقف السير فيه .

٢ — إلى جانب التنبيه الموجه للمدين ، استلزم المشرع بطبيعة الحال إنذار الحائز ، وهو إنذار رسمى بالدفع أو التخلية . ولا يشترط أن يكون الدائن

مزوداً بشأنه بسند تنفيذى ، كما هو الحال فى التنبيه على المدين .

وليس لإنذار الحائز ميعاد فى القانون . فيجوز اعلانه بعد اعلان التنبيه مباشرة ، أو اجراؤهما بورقة واحدة ذات صورتين تعلن إلى المدين ثم إلى الحائز . ولكن لا يجوز تقديم الإنذار على التنبيه . لأن الوضع الطبيعى يقتضى تكليف المدين بالوفاء قبل المضى فى التنفيذ ، لعله يفى بدينــه فتتوقف الاجراءات.

على أنه إذا جاز انذار الحائز فى أى وقت بعد التنبيه على المدين ، فمن الأفضل للدائن أن يتمهل فى انذاره حتى يتم تسجيل التنبيه الموجه للمدين .ذلك أن تاريخ هذا التسجيل له دلالة قاطعة فى أن كل تصرف جديد فى العقار ، لا ينفذ فى حق الدائن ، وبالتالى لا يكون ملزماً باتخاذ إجراءات أخرى فى مواجهة المتصرف إليه الجديد .وعلى هذا النحو إذا تعجل الدائن فبادر بإنذار الحائز المعلوم لديه قبل تسجيل التنبيه ، وجب عليه أن يعيد الكشف فى دفاتر الشهر . إذ من المحتمل أن يتصرف الحائز فى العقار إلى شخص آخر ، وتتم إجراءات شهر التصرف قبل تسجيل التنبيه وعندئذ يجد الدائن نفسه أمام حائز آخر يلتزم بتوجيه إجراءات أخرى إليه (١) .

ولم تذكر المادة ٦٢٦ من تقنين المرافعات البيانات التى يجب ذكرها فى إنذار الحائز . بل اكتفت فقط ببيان هدف الإنذار ، وهو توجيه الدعوة إلى الحائز بدفع الدين أو تخليه العقار . وأضافت أن الانذار يجب أن يتضمن إخطار الحائز بإجراء التنبيه فى مواجهة المدين ، وإلا كان الإنذار باطلا . والمراد بذلك هو إعلان الحائز بصورة مطابقة لأصل التنبيه السابق إعلانه إلى المدين ، أو فى القليل بجميع البيانات التى وردت فى هذا التنبيه . وبذلك يستطيع الحائز أن يتحقق من أن المدين قد أعلن فعلا وأن يعرف كل ما يعنيه معرفته ليتيسر له اتخاذ موقف على ضوء هذه المعلومات .

---

(١) أستاذنا المغفور له الدكتور محمد حامد فهمى فقرة ٣٦٣ .

ويترتب على إعلان الإنذار للحائز جميع الآثار التى تسرى فى مواجهة المدين بتسجيل تنبيه نزع الملكية (م ٦٢٧ مرافعات) .

على أنه يلاحظ فى هذا الصدد ما سبق بيانه بشأن تصرف الحائز فى العقار . فقد قدر المشرع أن كل تصرف فى العقار يقع فى تاريخ لاحق على تسجيل تنبيه نزع الملكية لا يحتج به على الدائن ، حتى ولو أجرى شهره قبل إعلان الدائن بالانذار (١).

وقد أوجبت المادة ٦٢٨ من تقنين المرافعات تسجيل الإنذار الموجه للحائز والتأشير بذلك على هامش تسجيل تنبيه نزع الملكية خلال ستين يوماً من تاريخ تسجيل التنبيه . ويترتب على تخلف هذا الإجراء سقوط التنبيه وزوال آثاره ، وبالتالى يسقط أيضاً إنذار الحائز .

وليس المقصود من تسجيل الإنذار توقيع الحجز على إسم الحائز . فإن حجز العقار يتم بتسجيل التنبيه . ولكن المقصود به هو استيفاء إجراءات الشهر العقارى ، حتى يتيسر لمن يتعامل مع الحائز أن يكون على بينة من أمر الإنذار (٢)

أخيراً وضعت المادة ٦٢٩ حكماً يخضع مصير الإنذار لبقاء التنبيه . ويستفاد منه أن تسجيل الإنذار يسقط تبعاً لسقوط تسجيل التنبيه (٣) ، أو شطبه بناء على حكم أو برضاء الدائن .

١١٢ - موقف الحائز - التمسك بالدفوع المؤدية الى انكار حق الدائن فى مباشرة التتبع :

أول محاولة يستعين بها الحائز لرد سعى الدائن ، تنصب على التمسك بكل دفع قد يؤدى إلى إنكار حق الدائن فى مباشرة التتبع . وهو فى هذا الصدد قد

---

(١) راجع ما تقدم بيانه بشأن آثار تسجيل تنبيه نزع الملكية على حق الحائز فى التصرف فى العقار المرهون فقرة ١١٠ .

(٢) راجع أيضا ص ٣٢٤ هامش ١ فى التعليق على ما جاء بالمذكرة التفسيرية لمشروع قانون المرافعات .

(٣) يسقط تسجيل التنبيه إذا لم يعقبه خلال المائتين والأربعين يوما التالية له التأشير على هامشه بما يفيد الإخبار بإيداع قائمة شروط البيع أو صدور أمر القاضى بمد هذا الميعاد (مادة ٦١٥ مرافعات) .

يطعن فى وجود الرهن وسلامته ، وقد ينفذ إلى الالتزام المضمون فى ذاته . وعلى هذا النحو تنقسم الدفوع إلى طائفة تتصل بسريان الرهن فى مواجهته، وأخرى تتعلق بوجود الالتزام وصحته .

الدفوع المتصلة بسريان الرهن فى مواجهة الحائز : إذا اتصل الطعن بدفوع تتعلق بالحائز ،أطلقت حريته فى التمسك بها ،لأنها تقررت لصالحه . من ذلك مثلا أن يتمسك بأن الراهن لم يستكمل إجراءات القيد إلا فى تاريخ لاحق على تسجيل التصرف الذى اكتسب الحائز بمقتضاه ملكية العقار ، أو أن الرهن سقطت عنه مرتبته لعدم تجديد القيد ، أو أن هذا القيد قد زال أثره بالشطب. مثل هذه الدفوع يحق للحائز التمسك بها ، ويترتب على نجاحه فى ذلك حرمان الدائن من مباشرة التتبع (١) .

---

(١) يجيز التقنين الفرنسى فى المواد ٢١٧٠ وما بعدها ، لحائز العقار المرهون أن يتمسك بالدفع بالتجريد ، فيرد الدائن عن مباشرة التتبع بوجوب التنفيذ على أموال المدين إن أمكن . وهو دفع قريب الشبه بما يخوله القانون للكفيل الشخصى ، ومرده أن الحائز لا تتوافر فيه صفة المديونية ، فالأولى هو البدء بالتنفيذ على المدين . على أن ذلك التجريد خاضع فى القانون الفرنسى لقيود تضيق من نطاقه تطبيقه إلى حد بعيد . إذ لا يجوز التمسك به إلا إذا كان لدى المدين عقارات أخرى رهنت ضمانا للوفاء بنفس الدين ، وبالتالى فهو لا ينصرف إلى الأموال المملوكة للمدين والتى يخضع الدائن بشأنها لقاعدة المساواة بين الدائنين . كما لا يجوز أيضا للحائز أن يتمسك بالتجريد فى مواجهة الدائن المزود برهن خاص على العقار ، وبصفة خاصة فى الرهن الاتفاقى التى يقابل نظام الرهن الرسمى فى مصر . وإنما يتحدد نطاق تطبيق الدفع بالتجريد ، بالنسبة إلى ما يسمى فى فرنسا بالرهن القانونى أو القضائى العام ، وذلك بشرط ألا يكون قد تم الاتفاق مع المدين على تخصيص هذا الرهن على عقارات معينة . حينئذ يصبح الرهن القانونى أو القضائى من قبيل الرهون الخاصة ، وبالتالى لا يحق للحائز بشأنه أن يتمسك بالتجريد .

غنى عن البيان أن هذا الحكم ليس له صدى فى التشريع المصرى . فالمشرع لدينا لا يعرف الرهون العامة ، وهو بشأن نظام الرهن الرسمى ، وكل تأمين عقارى خاص ، لا يجيز للحائز أن يتمسك بوجوب البدء بالتنفيذ على أموال المدين . على أنه يلاحظ فى هذا الصدد أن القضاء المختلط قد استند إلى نظرية التعسف فى استعمال الحق ، لرد الدائن عن التنفيذ على جزء من العقار انتقلت ملكيته إلى الحائز ، مادام الجزء الباقى لدى الراهن يكفل له استيفاء حقه (استئناف مختلط ٢٦ مايو سنة ١٩٣٦ مجموعة ٤٨ ص ٢٨٢) — حكم أشار إليه الدكتور عبد الفتاح عبد الباقى ص ٤١٩ هامش ١ .

الدفوع المتصلة بوجود الالتزام وسلامته : إذا اتصل الطعن بدفوع تتعلق بالمدين فالأمر يحتاج إلى تفصيل . وقد جاء حكمها فى المادة ١٠٧٣ من التقنين التى تنص على ما يأتى « يجوز للحائز الذى سجل سند ملكيته ولم يكن طرفاً فى الدعوى التى حكم فيها على المدين بالدين ، أن يتمسك بأوجه الدفع التى كان للمدين أن يتمسك بها ، إذا كان الحكم بالدين لاحقاً لتسجيل سند الحائز . ويجوز للحائز فى جميع الأحوال أن يتمسك بالدفوع التى لا يزال للمدين بعد الحكم بالدين حق التمسك بها » .

يستفاد من نص هذه المادة وجوب التفرقة بين مرحلتين ، الحد الفاصل بينهما هو تسجيل سند ملكية الحائز .

١ — ثبوت الدين بحكم يصدر على المدين قبل تسجيل سند الحائز : فى هذه الحالة يكون لذلك الحكم حجية الأمر المقضى به ، فى مواجهة حائز العقار . فلا يحق له التمسك بأى دفع يمتنع على المدين الاحتجاج به بعد صدور الحكم . ذلك أن حائز العقار هنا هو خلف خاص للمدين ، وبالتالى تسرى عليه كافة الأحكام التى فصلت فى التزامات تتعلق بالعقار المرهون .

على أنه يجوز للحائز أن يتمسك بالدفوع التى لا يزال للمدين بعد الحكم بالدين حق التمسك بها . والمقصود بذلك كافة الدفوع التى لا تمس حجية الأمر المقضى به بالنسبة إلى الحكم الصادر فى الدين ، وكذلك أيضاً الدفوع التى تستجد أسبابها بعد صدور الحكم ، ومثال ذلك انقضاء الدين بالتقادم أو المقاصة أو غيره من الأسباب التى تؤدى إلى انقضاء الالتزام .

٢ — ثبوت الدين بحكم صدر على المدين بعد تسجيل سند الحائز : فى هذه الحالة لا يكون الحكم الصادر فى الدعوى حجة على الحائز مالم يشرك فيها . وعلى هذا النحو فحتى يمتنع على الحائز أن يتمسك بأوجه الدفع المتصلة بالمدين لابد من اختصامه مع المدين . وقد قدر المشرع أن انتقال ملكية العقار إلى الحائز جعله صاحب مصلحة مباشرة فى تعقب مايثور حول الدين من منازعات

لأن كل حكم يتصل بسلامته أو مصيره . ينعكس أثره على الرهن .

فإذا لم يختصم الحائز فى الدعوى . جاز له أن يتمسك بكافة الدفوع التى كان فى وسع المدين أن يحتج بها . ولايكون للحكم الصادر فى مواجهته حجية تمنعه من التمسك بهذه الدفوع .أما إذا أشرك فى الدعوى أصبح بطبيعة الحال طرفاً فيها ، وعلى هذا النحو تصدق عليه قاعدة حجية الشيء المقضى به . وبالتالى يمتنع عليه محاولة الاحتجاج بأي دفع كان يجوز التمسك به قبل صدور الحكم (١) .

هذه هى خلاصة المحاولة الأولى التى قد يقوم بها الحائز ، ليرد سعى الدائن نحوه . وهى تتناول التمسك بكافة الدفوع التى تفضى إلى حرمان الدائن من مباشرة التتبع .

فإن اخفقت هذه المحاولة ، أو لم تتوافر لدي الحائز دفوع يجوز له التمسك بها ، فهنا يكشف لنا المشرع عن كافة الوسائل القانونية التى يحق للحائز أن يختار من بينها لاتخاذ موقف فى مواجهة الدائن .

١١٣ - الوسائل القانونية التى هيأها المشرع للحائز إذا باشر الدائن سلطة التتبع :

إذا أخفق الحائز فى محاولته الأولى . وهى حرمان الدائن من مباشرة التتبع ، فهنا يكشف لنا المشرع عن الموقف الذى يجوز للحائز أن يتخذه . وهو موقف متعدد فى وسائل التعبير عنه .

فتارة يكون الحائز حريصاً على الاحتفاظ بملكية العقار ، وهنا ينصرف جهده إلى تحرير العقار من الرهن المقرر عليه . ويتوافر له ذلك إما بقضاء

---

(١) انظر فى حجية الشيء المقضى به السنهورى الوسيط جـ ٢ ص ٦٣٣ فقرة ٣٦٦ وما بعدها وفقرة ٣٧٦ وما بعدها .

الديون المستحقة للدائنين المزودين بتأمينات خاصة على هذا العقار ، وإما باتخاذ إجراءات التطهير على النحو الذي سنفصله فيما بعد . ويلاحظ بشأن التطهير ملاحظة هامة وهى أن الحائز يستطيع الاستعانة بهذه الوسيلة القانونية ، قبل أن يتخذ الدائن إجراءات التنفيذ على العقار بالتنبيه على المدين وإنذار الحائز .

وتارة أخرى قد يكون زاهداً فى الابقاء على ملكية العقار ، وعندئذ يستمر الدائن المرتهن فى مباشرة إجراءات التنفيذ . على أن الحائز قد يحرص على عدم ظهور إسمه فيها ، ولذا أجاز له القانون أن يلجأ إلى وسيلة تخلية العقار ، وبمقتضاها تباشر إجراءات التنفيذ فى مواجهة شخص آخر كحارس أو أمين.

على أنه يلاحظ ، أن الحائز سواء تخلى عن العقار ، أو تحمل إجراءات نزع الملكية ، قد يستعين مرة أخرى بحكم قرره القانون يؤدى فى نهاية الأمر الى احتفاظه بملكية العقار. ذلك أن المشرع أجازله أن يشترك فى المزاد بشرط ألا يعرض ثمناً أقل من الباقى فى ذمته من ثمن العقار الجارى بيعه .

هذه الوسائل القانونية المختلفة جاء حكمها فى نص الفقرة الأولى من المادة ١٠٦٠ التى تقرر «يجوز للدائن المرتهن عند حلول أجل الدين أن ينزع ملكية العقار فى يد الحائز لهذا العقار ، إلا إذا اختار الحائز أن يقضى الدين أو يطهر العقار من الرهن أو يتخلى عنه» .

وعلى هذا النحو المتقدم يتحدد موقف الحائز . فهو إما أن يقضى الديون أو يطهر العقار(١) . وهو فى هذا السبيل يتوقى بيعه ويهدف إلى تحريره من الحقوق المقرره عليه . وإلا ترك الدائن ينفذ على العقار ، والتنفيذ قد يتحمل بشأنه إجراءات نزع الملكية ، وقد يتركها فى مواجهة شخص آخر وهذه هى تخلية العقار .

---

(١) ويلاحظ بشأن التطهير كما سنبين فى دراسته أن الحائز يستطيع الاستعانة بهذه الوسيلة القانونية بمجرد تسجيل سند ملكيته ، وذلك قبل اتخاذ أى إجراء للتنفيذ على العقار. وتظهر فائدة التطهير فى هذا الصدد ، كأداة قانونية تهيىء للحائز تحرير العقار من الرهن بمجرد اكتساب ملكيته. راجع ماسيلى فى دراسة التطهير .

نستعرض الآن هذه الفروض المتعددة وهى : ١ – قضاء الديون ٢ – تطهير العقار ٣ – تخلية العقار ٤ – تحمل إجراءات نزع الملكية. وهو بحث يتصل بدراسة أحكام القانون المدنى . وبذلك يتجرد من النواحى المتصلة بالإجراءات ، إلا بالقدر اللازم لتفهم الأحكام الموضوعية .

١١٤ - قضاء الديون :

نصت المادة ١٠٦١ من التقنين المدنى على ما يأتى «يجوز للحائز عند حلول الدين المضمون بالرهن أن يقضيه هو وملحقاته بما فى ذلك ما صرف فى الإجراءات من وقت إنذاره . ويبقى حقه هذا قائماً إلى يوم رسو المزاد . ويكون له فى هذه الحالة أن يرجع بكل ما يوفيه على المدين وعلى المالك السابق للعقار المرهون ، كما يكون له أن يحل محل الدائن الذى استوفى الدين فيما له من حقوق إلا ما كان منها متعلقاً بتأمينات قدمها شخص آخر غير المدين» .

تضع هذه المادة حكم الوسيلة القانونية الأولى ، التى هيأها المشرع لحائز العقار المرهون ، ليرد الدائن عن مباشرة حق التتبع . وخلاصة هذا الحكم أن الدائن تنتفى مصلحته فى تعقب العقار إذا ما استوفى دينه : عندئذ يفقد الرهن الحكمة من تقريره ، ويتعين زواله .

وأول ملاحظة ينبغى تقريرها فى هذا الصدد ، هى أن الحائز إذا تلقى ملكية العقار بعوض ، وذلك بمقتضى عقد بيع مثلا ، فإن أول احتياط يجب عليه اتخاذه ، هو عدم أداء الثمن المستحق . حتى يتخذ موقفاً من الدائنين المرتهنين.

لا تثور صعوبة إذا كان الثمن المستحق عن بيع العقار كافياً لسداد جميع الديون التى يضمنها . إذ أن المشرع ألزم الحائز ، كما سنبين فيما يلى ، أن يؤدى للدائنين حقوقهم . وهو بذلك الأداء يحرر العقار من التأمينات التى تثقله . وفى نفس الوقت يبرئ ذمته فى مواجهة المدين البائع .

ولكن قد يساوره التردد إذا كان هذا الثمن غير كاف لسداد جميع الديون ،

أو كان الحائز تلقى ملكية العقار بلا عوض ؛ وكذلك الحال إذا كان قد دفع الثمن المستحق فى ذمته .

فى هذه الصور المتقدمة يجوز للحائز أيضاً أن يقدم على سداد الديون المستحقة . وهو باتخاذ هذا الموقف لا يتعرض للمخاطر . لأن المشرع هيأ له سبيل الرجوع على المدين ، على نحو يؤمن له إمكان استيفاء ما اضطر لسداده إلى الدائنين . والغالب من الأمر أن الحائز إذ يقوم بقضاء حقوق الدائنين ، يدفعه إلى ذلك حرصه على الاحتفاظ بملكية العقار ، وخشيته من ضياعها ، إذا ما طرح للبيع بالمزاد فأفلتت فرصته من رسوه عليه .

ويبقى هذا الطريق مفتوحاً أمام الحائز ، له أن يسلكه منذ حلول استحقاق الوفاء بالديون ، حتى تاريخ رسو المزاد . ويبدو فى هذا الحكم حرص المشرع على تيسير الأمر على الحائز ، فقد منحه فرصة طويلة الأجل فى أن يتدبر الأمر ليقدر إذا ما كان من صالحه إيقاف الإجراءات ، بقضاء الديون المستحقة .

ولكن يلاحظ من ناحية أخرى ، أن مصلحة الحائز تتمثل فى حسم الأمر على وجه الاستعجال ، لأن تأخيره فى سداد الديون ، يفضى إلى تراكم مبالغ أخرى يلتزم بأدائها . ويظهر ذلك من حكم المادة ١٠٦١ التى تقضى بأن الحائز إن تخير سداد الديون فعليه أن يقضى الدين وملحقاته : بما فى ذلك ما صرف فى الإجراءات من وقت إنذاره .

التطهير الفعلى : قد يقدر الحائز أن سداد بعض الديون دون الأخرى يكفى لتأمين مركزه ، والاحتفاظ بملكية العقار . وهو فى هذا الشأن يتخير الدائنين الذين يحتلون مراتب متقدمة ، فيؤدى إليهم حقوقهم إذا اطمأن إلى أن مجموع هذه الحقوق تستغرق قيمة العقار .

وهو فى هذا التقدير المتقدم يطمئن إلى أن المشرع أجاز له بقوة القانون الحلول محل الدائنين الذين يدفع لهم ديونهم . وبذلك يقطع السبيل على كل

دائن متأخر تحدثه نفسه بالتنفيذ على العقار . ما دام الثمن الناتج عن البيع الجبرى لن يكون مجدياً له . وإنما سيتأثر به الحائز باعتبار أنه احتل مركز الدائنين أصحاب المراتب الأولى .

وقد وضع المشرع حكماً يضمن هذا الحلول القانونى فقرر فى المادة ١٠٦٢ أنه «يجب على الحائز أن يحتفظ بقيد الرهن الذى حل فيه محل الدائن . وأن يجدده عند الاقتضاء . وذلك إلى أن تمحى القيود التى كانت موجودة على العقار وقت تسجيل سند الحائز» .

ويسمى تخير الحائز لوسيلة قضاء بعض الديون المستغرقة لقيمة العقار بالتطهير الفعلى أو الواقعى . على أن الاستعانة بهذه الوسيلة لا تؤمن مركز الحائز بصفة نهائية . فالدائن المتأخر . قد لا يقنع بهذه العقبة الواقعية . فيبادر بالتنفيذ على العقار مستنداً إلى أن حقه فى ذلك لا يزال قائماً من ناحية قانونية . ولعل الدافع إلى مثل هذه المحاولة . هو اعتقاد الدائن بأن قيمة العقار تجاوز قدر الديون التى دفعها الحائز . فيحفزه هذا الأمل إلى الشروع فى التنفيذ على العقار ، عسى أن يتبقى من ثمن البيع ما يكفى لسداد دينه .

أحوال يلتزم فيها الحائز بقضاء الديون : تكفلت المادة ١٠٦٣ من التقنين المدنى ببيان هذه الأحوال فنصت على ما يأتى : «١ — إذا كان فى ذمة الحائز بسبب امتلاكه العقار المرهون مبلغ مستحق الأداء حالا . يكفى لوفاء جميع الدائنين المقيدة حقوقهم على العقار . فلكل من هؤلاء الدائنين أن يجبره على الوفاء بحقه بشرط أن يكون سند ملكيته قد سجل .

٢ — فإذا كان الدين الذى فى ذمة الحائز غير مستحق الأداء حالا ، أوكان أقل من الديون المستحقة للدائنين ، أو مغايراً لها ، جاز للدائنين إذا اتفقوا جميعاً أن يطالبوا الحائز بدفع ما فى ذمته بقدر ما هو مستحق لهم ، ويكون الدفع طبقاً للشروط التى التزم الحائز فى أصل تعهده أن يدفع بمقتضاها وفى الأجل المتفق على الدفع فيه .

٣ ــ وفى كلتا الحالتين لا يجوز للحـــائز أن يتخلص من التزامه بالوفاء للدائنين بتخليه عن العقار . ولكن إذا هو وفى لهم فإن العقار يعتبر خالصاً من كل رهن ويكون للحائز الحق فى طلب محو ما على العقار من قيود» .

يستفاد من نص المادة المتقدمة أن الحائز يلتزم بوفاء ما هو مستحق فى ذمته فى حالتين :ــ

أولا ــ إذا كان العوض المستحق فى ذمة الحائز بسبب تملكه العقار مبلغ من النقود حل أداؤه . وكان كافياً لإرضاء جميع الدائنين أصحاب الحقوق المقيدة على العقار . عندئذ يصبح أداء هذا المبلغ إجبارياً ، فيلتزم به الحائز ، ويحق لكل دائن أن يقهره على أدائه . وظاهر من هذه الصورة أن امتناع الحائز عن الدفع ليس له ما يبرره . بل على النقيض من ذلك تبدو مصلحته فى التخلص من هذه الديون حتى تخلص له ملكية العقار مطهرة . وهو على هذا النحو يبرئ أيضاً ذمته فى مواجهة المدين .

على أنه تنبغى الإشارة هنا أن الدائن لا يحق له الإنفراد بإلزام الحائز بسداد دينه ، إلا إذا كان المبلغ المتبقى فى ذمة الحائز قد حل أجل الوفاء به . أما إذا كان هذا المبلغ غير مستحق الأداء ، فهنا يشترط لإجباره على الوفاء للدائنين ، أن ينعقد رأيهم جميعاً على ذلك ، وهو لا يوفى إلا عند حلول الأجل المقرر أصلا للدفع وهذا هو ما سنبينه فى الحالة الثانية .

ثانياً ــ إجماع الدائنين أصحاب الحقوق المقيدة على إلزام الحائز بأداء الدين المستحق فى ذمته ، إذا كان مؤجلا ، أو غير كاف للوفاء بحقوقهم ، أو مغايراً لها .

تتميز هذه الحالة بأن إجبار الحائز على دفع ما فى ذمته لا يتوافر إلا باتفاق جميع الدائنين . وهم فى هذا الشأن قد يتشاورون فيما بينهم ، فيقدر كل منهم مصلحته على ضوء تقدير قيمة العقار ، ونسبتها إلى ما هو مستحق فى ذمة الحائز .

فإذا انتهى الأمر إلى انعقاد رأيهم على الاكتفاء به . جاز لهم إلزام الحائز بدفع هذا المبلغ .

ولكن يلاحظ أن اجتماع إرادة الدائنين على هذا الإجبار . لايجرد الحائز من كافة الأوصاف التى اقترن بها التزامه . بل هو يؤدى ما عليه طبقاً للشروط التى التزم بها فى أصل تعهده . وفى الأجل المتفق على الدفع فيه . فإذا كان ملتزماً بسداد الثمن على أقساط ، أو تعهد بدفعه فى تاريخ مستقبل . امتنع على الدائنين إلزامه بالدفع مرة واحدة أو بأن يعجل لهم هذا الأداء . وهنا يظهر وجه القصور فى الحكم الذى أتى به القانون . إذ يندر أن يقنع الدائنون بالإلتجاء إليه ، بل تبدو مصلحتهم واضحة فى الشروع فى التنفيذ على العقار ، واستيفاء حقوقهم من ثمنه .

وأياً ما كان الأمر فى تقدير هذه الأحوال . فالنتائج التى تفضى إليها تتلخص فيما يأتى :—

١ — إذا توافرت شروط تطبيق أية حالة منها ، التزم الحائز بأداء المبلغ المتبقى فى ذمته : ويمتنع عليه عندئذ أن يتخلى عن العقار توطئة للتنفيذ عليه فى مواجهة شخص آخر . وفى هذا رعاية لمصلحة الدائنين ، فهم إذ يقنعون بهذا المبلغ ، يزول المبرر للمضى فى إجراءات التنفيذ بما تنطوى عليه من جهد ونفقة

٢ — إذا وفى الحائز بما هو مستحق فى ذمته يتحرر العقار من كافة الحقوق العينية التبعية المقررة عليه ، فتخلص ملكيته إلى الحائز مطهرة منها . ويحق له عندئذ أن يطالب بشطب كافة القيود المتصلة بهذه الحقوق . وتنبغى الإشارة هنا أن هذا التطهير لا يقع إلا بوفاء الثمن للدائنين فعلا ، فلا يكفى مجرد التعهد به . وقد يكون من صالح الحائز حسما لأى نزاع احتمالى يثيره أحد الدائنين ، أن يودع المبلغ فى خزانة المحكمة ، حيث يتم توزيعه وفقاً لمراتب الدائنين .

يتضح من كل ما تقدم أن وسيلة قضاء الديون غير مأمونة العواقب . فهى

فى صورتها الاختيارية لاتؤمن مركز الحائز ، إن اكتفى فقط بسداد حقوق أصحاب المراتب المتقدمة . وهى فى صورتها الاجبارية ، قلما تلقى فى العمل تطبيقاً . ذلك أنه يندر فى الحالة الثانية للوفاء الإجبارى أن ينعقد إجماع الدائنين على الاكتفاء بما تبقى فى ذمة الحائز . بل يبقى أمل كل دائن قائماً فى أن بيع العقار بالمزاد قد يفضى إلى الحصول على ثمرة أكثر نفعاً له .

رجوع الحائز بما دفعه على المدين أو المالك السابق للعقار : نصت المادة ١٠٦١ أن للحائز فى حالة وفائه للدين المضمون بالرهن أن يرجع بكل مايوفيه على المدين وعلى المالك السابق للعقار المرهون ، كما يكون له أن يحل محل الدائن الذى استوفى الدين فيما له من حقوق إلا ما كان منها متعلقاً بتأمينات قدمها شخص غير المدين .

يستفاد من حكم هذه المـــادة أن حائز العقار المرهون الذى يدفع الدين المضمون بالرهن ، يستطيع الرجوع على المدين تارة ، وعلى المالك السابق للعقار تارة أخرى ، وذلك فى الحالة التى يكون فيها المدين قد تصرف فى العقار قبل ذلك . وهو فى هذا الصدد يستعين بأدوات قانونية مختلفة على النحو الذى نبينه فيما يلى :

١ - **الدعوى الشخصية :** يستطيع الحائز أولا الرجوع على المدين بدعوى شخصية مؤسسة على الإثراء بلا سبب . والإثراء يتمثل فى أن المدين قد برئت ذمته دون أن يدفع شيئاً . والافتقار يظهر فى أن الدائن قد أدى مبلغاً غير مستحق عليه .

ولكن يلاحظ هنا أن رجوع الحائز يجب أن يخصم منه ما استحق فى ذمته للمدين مقابل تملك العقار . فإذا اشترى العقار مثلا بمبلغ ألف ، ودفع للدائنين ديوناً تقدر بألفين ، فهو لا يفتقر إلا فى حدود ألف فقط ، وهذا هو القدر الذى يعود به على المدين .

٢- **دعوى الحلول** : قد لا يقنع الحائز بهذه الدعوى الشخصية ، فيستعين بأداة قانونية أخرى تتمثل فى دعوى الحلول . وهو حلول قانونى يريد إلى القواعد المقررة فى نظرية الالتزامات . ولكنه يلقى تطبيقاً خاصاً بالنسبة إلى حائز العقار المرهون .

وضعت المادة ١٠٦١ مبدأ هذا الحلول فأجازت للحائز أن يحل محل الدائن الذى استوفى الدين فيما له من حقوق إلا ما كان منها متعلقاً بتأمينات قدمها شخص غير المدين (١) .

الأصل فى الحلول القانونى أنه ينقل إلى الموفى حق الدائن بما يكفله من تأمينات (المادة ٣٢٩ من التقنين المدنى) . فإذا كان هذا الحق مضموناً بتأمين شخصى مثل الكفالة ، أو بتأمين عينى كالرهن أو الاختصاص ، استفاد الموفى بكل منها فى رجوعه إلى المدين .

على أن هذا الأصل لا يلقى تطبيقاً مطلقاً فى رجوع حائز العقار المرهون على

(١) جاءت صياغة هذه المادة أوسع فى دلالتها من الحلول المقررة لحائز العقار المرهون فى المادة ٣٢٦ من التقنين المدنى ، التى تبين صور الحلول القانونى بصفة عامة . فقد نصت الفقرة الثالثة منها على أن من بين هذه الصور حالة ما إذا كان الموفى قد اشترى عقارا ودفع ثمنه وفاء لدائنين خصص العقار لضمان حقوقهم . ويظهر من حكم هذه الفقرة أنها تعالج صورة الحائز الذى يتلقى ملكية العقار عن طريق الشراء ، ولم يكن دفع الثمن بعد ، ثم يقوم بسداد حقوق الدائنين . حينئذ يحل الحائز محلهم فى حدود مادفعه زيادة عن المستحق فى ذمته من ثمن . أما صياغة المادة ١٠٦١ فهى عامة تتسع لصور متعددة فى التطبيق . فهى تصدق على كل حائز حتى ولو كان تلقى ملكية العقار بلا عوض ، وهى تنطبق أيضا على الحالة التى يكون فيها الحائز قد دفع الثمن ومع ذلك آثر سداد حقوق الدائنين . والغالب من الأمر أن المادة ٣/٣٢٦ وردت فى هذه الصياغة الضيقة لتعالج الفرض المألوف فى العمل . ولكن يلاحظ من ناحية أخرى أن الفقرة الأولى من هذه المادة تصدق على كافة الأحوال التى يكون الحائز مجبرا بنص القانون على قضاء الديون ، لأنها تقرر الحلول القانونى اذا كان الموفى ملزما بوفاء الدين عن المدين

وأيا ما كان الأمر فقد جاء حكم المادة ١٠٦١ عاما يتسع لكل الأحوال التى يدفع فيها الحائز حقوق الدائنين ، وسواء قد تلقى ملكية العقار بعوض أو غير عوض ، أو كان وفاؤه للديون اختياريا أم اجباريا .

المدين . وإنما يخضع لأحكام خاصة على النحو الذى سنبينه فيما يلى .

أولا - لا تنتقل الى الحائز التأمينات المقدمة من شخص غير المدين : إذا كان حق الدائن مضموناً بكفالة شخصية . أو برهن مقدم من الغير ، لايحق للحائز أن يرجع بما وفاه على الكفيل الشخصى أو الكفيل العينى . هذا هو الحكم الذى استحدثه التقنين المدنى الجديد مستجيباً فى ذلك إلى الفقه الرجح فى مصر وفرنسا (١) .

والعلة فى تقرير هذا الحكم كما يقرر الشراح ، هى أنه لا تنبغى الإساءة إلى مركز الكفيل لمجرد أن المدين قد تصرف فى العقار المرهون إلى شخص آخر . ذلك أنه لو لم يقع هذا التصرف . لتيسر للدائن التنفيذ على العقار تحت يد المدين ، وحينئذ ينقضى التزام الكفيل ، ويزول الرهن عن العقار المقدم من غير المدين .

هذا ، ومن ناحية أخرى ، قدر المشرع أن الحائز فى وسعه الاستعانة بأداة قانونية أخرى ، تغنيه عن سداد الدين والحلول مكان الدائن فى استيفائها ، ونعنى بها تطهير العقار على النحو الذى سنبينه . انصراف الحائز عن الالتجاء إلى التطهير لاينبغى أن يفضى إلى الإضرار بالكفيل فى حالة حلوله محل الدائن

ثانيا - تعدد الحائز بين العقارات مرهونة لضمان الوفاء بنفس الدين : عالج المشرع أيضاً هذه الصورة فأخضع الحلول بشأنها لحكم خاص جاء فى المادة

---

(١) راجع بلانيول وريبير وبيكيه حـ ١٣ فقرة ١١٨٣ - كولان ، وكابيتان حـ ٢ فقرة ١٤١٠ - وريبير وبولانجيه حـ٢ فقرة ١٩٦٢ ، ٣٩١٨ - جوسران حـ ٢ فقرة ١٩٤٩ - عبد الفتاح عبد الباقى ص ٤٧٦ .

انظر ايضا استئناف مختلط فى ١٦ ابريل سنة ١٩٢٥ م ٣٧ ص ٣٣٨ ، حكم أشار اليه الاستاذ السنهورى فى الوسيط حـ ٣ ص ٦٩٦ هامش ١ . وقد جاء فيه أنه إذا وفى الحائز للعقار المرهون بأكثر من الثمن الذى اشترى به العقار ، اعتبر فيما زاد على الثمن بمثابة كفيل عينى ، وانقسم الدين عليه وعلى الكفلاء ، فيرجع على كل كفيل بقدر حصته فيما زاد على الثمن .

٣٣١ التي تنص على ما يأتي «إذا وفى حائز العقار المرهون كل الدين . وحل محل الدائنين فلا يكون له بمقتضى هذا الحلول أن يرجع على حائز لعقار آخر مرهون فى ذات الدين إلا بقدر حصة هذا الحائز بحسب قيمة ما حازه من عقار» (١) .

يفترض تطبيق هذه المادة أن يكون الدين مضموناً بعدة عقارات مرهونة . وأن يتصرف المدين فى هذه العقارات فيتعدد الحائزون . كيف السبيل إذن إلى رجوع أحد منهم على الآخرين إذا ما قام بسداد حق الدائن . هنا أيضاً نكون بصدد حلول قاصر ، ذلك أن المشرع قدر توزيع المسئولية فيما بين الحائزين ، كل بقدر قيمة ما حاز من عقار (٢) .

٣ـ دعوى الضمان : وهذه يستخدمها الحائز فى مواجهة المالك السابق للعقار ، سواء كان المدين أم أى شخص آخر . وأحكام الضمان تختلف بحسب ما إذا كان الحائز تلقى ملكية العقار معاوضة أو على سبيل التبرع .

فإذا كان سند الحائز هو عقد البيع . فهنا تقضى المادة ٤٤٢ من التقنين المدنى بأنه إذا توقى المشترى (وهو هنا الحائز) استحقاق المبيع كله أو بعضه بدفع مبلغ من النقود أو بأداء شئ آخر . كان للبائع أن يتخلص من نتائج

---

(١) انظر مجموعة الأعمال التحضيرية جـ ٣ ص ١٩٠ ومابعدها. وراجع ايضا استئناف مصر فى ١٧ ابريل سنة ١٩٤٧ المجموعة الرسمية ٤٨ رقم ٢٨٠ . وفيه تقرر المحكمة أن هذا الحل هو الذى تمليه العدالة حفظا للتوازن فى الحقوق والواجبات بين جميع الحائزين ، لأن القانون يخول كلا منهم حق الحلول محل الدائن الأصلى فى حقوقه متى وفى الدين ، وله بهذه المثابة أن يرجع على سواه من الحائزين ومنهم من دفع أولا . فخير وسيلة لحفظ الموازنة بين الجميع هى أن يجعل رجوع بعضهم على بعض متناسبا مع قيمة ما يحوزون .

(٢) فاذا كان الدين مثلا مبلغ ٣٠٠٠ جنيه ، وكان مضمونا برهون ثلاثة ، أحدها على عقار قيمته ٣٠٠٠ جنيه ، والثانى على عقار قيمته ٢٠٠٠ ، والثالث على عقار قيمته ١٠٠٠ . ثم قام حائز العقار الأول بسداد الدين ، اقتصر حقه فى الرجوع على الحائز الثانى بمبلغ ١٠٠٠ ، وعلى الحائز الثالث بمبلغ ٥٠٠ ، وذلك تطبيقاً للقاعدة التى تقضى باقتصار الحلول على نسبة قيمة العقار إلى مبلغ الدين .

الضمان بأن يرد للمشترى المبلغ الذى دفعه أو قيمة ما أداه مع الفوائد القانونية وجميع المصروفات .

فإذا كان سند الحائز مجرد هبة، فالأصل فيها أن الواهب لا يضمن استحقاق الشيء الموهوب إلا إذا تعمد إخفاء سبب الاستحقاق . وهنا يقدر القاضي للموهوب له تعويضاً عادلا . وإذا كانت الهبة بعوض ، فهنا لا يضمن الواهب الاستحقاق إلا بقدر ما أداه الموهوب له من عوض . ويجوز بطبيعة الحال أن يرد اتفاق يعدل من هذه الاحكام (م ٤٩٤ من التقنين المدنى) .

ويراعى فى هذا الشأن أن استخدام دعوى الضمان لا يجوز إلا إذا كان الحائز قد أجبر على سداد الديون ، أو أنذره الدائن بالدفع أو التخليه ، أى منذ اللحظة التى يتخذ فيها الدائن الإجراء المعبر عن الشروع فى التنفيذ ، أو تلك التى يضطر فيها الحائز توقى هذا الإجراء بسداد الديون المستحقة (١) .

ويسقط حق الحائز فى الرجوع بدعوى الضمان إذا كان فى وسعه أن يتوقى إجراءات التنفيذ على العقار ، بالتمسك بدفع يتصل ببطلان الرهن أو سقوط القيد لعدم تجديده .

هذا هو قضاء الديون بما يتضمن من صور ، وما يفضى إليه من آثار ، وما يترتب عليه من وسائل قانونية تهيء للحائز سبيل الرجوع على المدين أو المالك السابق للعقار .

على أن المشرع لم يقنع بهذه وحدها بل هيأ للحائز أداة قانونية أخرى يستطيع المبادرة باستخدامها منذ أن يتلقى ملكية العقار ويسجل سنده ، ونعنى بذلك تطهير العقار .

(١) انظر بيير رينو انسكلوبيدى داللوز جـ ٢ ص ٩٣٢ بند ٤٤٨ .

١١٥ — تطهير العقار :

نصت المادة ١٠٦٤ من التقنين المدنى على ما يأتى :

« ١ — يجوز للحائز إذا سجل سند ملكيته أن يطهر العقار من كل رهن تم قيده قبل تسجيل هذا السند .

٢ — وللحائز أن يستعمل هذا الحق قبل أن يوجه الدائنون المرتهنون التنبيه إلى المدين أو الإنذار إلى هذا الحائز . ويبقى هذا الحق قائماً إلى يوم إيداع قائمة شروط البيع » .

معنى التطهير : يظهر من نص هذه المادة أن التطهير وسيلة قانونية يستطيع الحائز بمقتضاها أن يسبق الأحداث - فيتخذ موقفا من شأنه - إما تحرير العقار مما يثقله من رهون - أو اجبار الدائنين على التعجيل بطرحه للبيع بالمزاد ، وذلك يؤدى أيضاً إلى تخليص العقار من الرهون المقررة عليه . وبعبارة أخرى فهو وسيلة قانونية تهيىء للحائز أن يحسم الأمر ، بوضع الدائنين فى مركز يلزمهم إما بقبول العرض المقدم من الحائز ، وهو مبلغ تقديرى يعبر عن قيمة العقار ، أو رفض ذلك العرض ومباشرة سلطة التتبع وفقاً لما رسمه قانون المرافعات من إجراءات .

فإذا قنع الدائنون بالمبلغ التقديرى الذى يعرضه الحائز ، واقترن عرضه بإيداع هذا المبلغ خزانة المحكمة أو توزيعه على الدائنين حسب مراتب حقوقهم ، استقرت له ملكية العقار خالصة من كل حق مقيد . والغالب من الأمر أن يلقى هذا العرض قبولا من جانب الدائنين الذين تسمح مراتبهم باستيفاء ديونهم من المبلغ المعروض . بل وقد يقبله أيضا الدائنون المتأخرون إذا فقدوا الأمل فى أن طرح العقار للبيع بالمزاد سيفضى إلى الحصول على ثمن يجاوز القيمة التقديرية التى يعرضها الحائز . ومما يجعل هذه الطائفة من الدائنين تلتزم الحيطة فى هذا الشأن ، أن المشرع قد ألقى على الدائن الذى يرفض العرض عبء مصروفات البيع بالمزاد ، إذا لم يتجاوز ثمن البيع المبلغ الذى عرضه الحائز :

وأيا ما كان الأمر . فليس ثمة التزام على أى دائن بقبول عرض الحائز . بل لكل منهم حرية الرفض خلال فترة معينة حددها القانون . ويكفى التعبير عن هذه الرغبة لإهدار آثار التطهير الاختيارى ، ووجوب طرح العقار للبيع بالمزاد . حينئذ تسير الإجراءات كما رسمها تقنين المرافعات فى التنفيذ على العقار ، وتفضى فى نهاية الأمر إلى تحرير العقار من كل رهن يثقله على النحو الذى سنبينه فيما بعد .

يظهر إذن مما تقدم أن هذه الوسيلة القانونية تؤدى حتما إلى تخليص العقار من الرهون التى تثقله ، وذلك بطريقة ودية فى حالة قبول الدائنين لعرض الحائز ، أو بحكم القانون فى حالة رفض العرض وطرح العقار للبيع بالمزاد .

تقدير التطهير : أول ما يمكن استخلاصه من التطهير كوسيلة قانونية أجيز للحائز استخدامها هو أنه قد يسىء إلى مركز الدائنين المرتهنين . فهو يجبر كل منهم على التعجيل بمباشرة سلطة التتبع ، وذلك بوضعه فى مأزق لا قبل له بالفرار منه . وهو إن قبل العرض ، يضطر إلى استيفاء دينه فى تاريخ قد يكون سابقاً لموعد استحقاقه (م ١٠٦٦ مدنى) . وذلك أمر لم يكن فى تقديره يوم أن منح إئتمانه للمدين .

ولكن المشرع المصرى قد انتصر لفكرة التطهير ، فانحاز بذلك إلى حظيرة بعض التقنينات الأجنبية (٢) . وهو فى هذا الشأن استهدف بصفة خاصة حماية الثروة العقارية . فأراد أن يكفل لكل مالك ملكية نظيفة مطهرة ، على نحو ييسر له التصرف فى العقار ؛ فيسهل بذلك تداول هذا النوع من الأموال . ولعل هذا الاعتبار جدير بكل تقدير فى مصر حيث لازالت العقارات تمثل عنصراً جوهرياً فى الثروة القومية .

وليس فى إقرار التطهير على النحو المتقدم إهدار لحقوق الدائنين ؛ ذلك أن

---

(١) بيدان وفواران جـ ١٤ فقرة ١٠٧٥ وما بعدها .

القانون ترك الفرصة لكل منهم للتعبير عن عدم رضائه بالقيمة المعروضة . وحينئذ تتخذ الإجراءات الكفيلة ببعث الطمأنينة فى نفوسهم وذلك ببيع العقار بالطريقة التى رسمها قانون المرافعات .

على أن ثمة اعتراض واحد قد يمس مركز الدائنين . وهو أن الحائز قد يتخير للتطهير فترة ركود اقتصادى . حينئذ يضطر الدائن إلى مباشرة التتبع على نحو قد يفضى إلى بيع العقار بثمن بخس . ولكن هذه الخشية لم تكن وحدها كافية لإنكار المشرع للتطهير كوسيلة قانونية، لاسيما وأن الأزمات الاقتصادية إذا ما أصابت الدولة تنعكس آثارها على كافة فروع نشاط المجتمع ، فيكون الضرر عاما لا سبيل إلى دفعه .

لا يجوز التطهير من غير حائز العقار المرهون: وفى هذا الشأن يستفاد صراحة من نص المادة ١٠٦٤ أن التطهير وسيلة قانونية ينفرد الحائز وحده بحق استخدامها. وقد بيّنا فى دراسة سابقة الدلالة الاصطلاحية لتعبير الحائز. وهو كل شخص انتقلت إليه ملكية العقار ، أو أى حق عينى آخر يقبل البيع بصفة مستقلة . ويصدق هذا الوصف حتى ولو اكتسب الشخص ملكية العقار بسبب التقادم(١)

على أنه يشترط فى هذا الشخص، وكما سبق البيان ألا تتوافر فيه صفة

---

(١) قد يستفاد من ظاهر نص المادة ١٠٦٤ أن التطهير قاصر فقط على الحائز الذى سجل سند ملكيته . ولكن الواقع أن هذه المادة تعرض للصورة الغالبة التى يكتسب الحائز بمقتضاها ملكية العقار. أما تعريف الحائز بصفة عامة فالمرجع الأصلى بشأنه الفقرة الثانية من المادة ١٠٦٠ ، وهى فى دلالتها صريحة فى اطلاق صفة الحائز على كل من اكتسب ملكية العقار بأى سبب من الأسباب. وعلى هذا النحو يتسع تطبيقها لصورة من يكتسب ملكية العقار بالتقادم . راجع ما تقدم فقرة ١٠٨ .

ويلاحظ بصفة خاصة أن المذكرة الايضاحية للمشروع التمهيدى قاطعة فى تأييد هذا الرأى . فقد جاء فيها تعليقا على المواد المقابلة لتلك التى جاءت فى التقنين أنه « إذا كان سند الملكية غير قابل للتسجيل بأن كان عملا ماديا لا عملا قانونيا ، فلا سبيل للتسجيل فى هذه الحالة ، فالحائز الذى ملك بالتقادم عقارا مرهونا ولم يسقط الرهن (وفى هذا الشأن يشير المشروع إلى م ١٥١٠ وقد حذفت من المشروع النهائى) يستطيع تطهير العقار دون أن يسجل شيئا ، لأن التقادم =

صفة المديونية (١) . إذ أن كل مدين يمتنع عليه الالتجاء إلى تطهير العقار ، لأن الدائن من حقه أن ينفذ على العقار المملوك لمدينه . وعلى هـــذا النحو لا يعتبر حائزاً كل من المدين المتضامن والكفيل الشخصى إذا ما اكتسب أحد منهم ملكية العقار المرهون . ويخضع للحكم المتقدم أيضا مشترى العقار الذى يتعهد شخصياً بسداد حقوق الدائنين ، إذ يصبح فى هذه الحالة مديناً لهم ، يسأل عن تعهده فى جميع أمواله (٢) .

بل ولا يجوز أيضا للكفيل العينى أن يلجأ إلى تطهير العقار الذى قدمه ضمانا للوفاء بدين الغير . فقد قدمنا فى هذا الشأن أن الكفيل العينى فى تقديرنا ، هو شخص قبل أن تتوافر فيه صفة المديونية إلى جوار المدين ،ولكنه حدد المسئولية عنها فى نطاق القيمة الاقتصادية للعقار المرهون (٣) . وعلى هذا النحو يمتنع عليه محاولة تطهير العقار .

= واقعة مادية تستعصى على التسجيل . على أن التسجيل لا فائدة فيه هنا ، فإنه من وقت تملك الحائز العقار بالتقادم لا يكون لأى رهن يعطى على العقار من غير الحائز قيمة فى حق الحـــائز ، سواء كان التملك بالتقادم الطويل أو بالتقادم القصير . وإذا كان السبب الصحيح فى التقادم القصير واجب التسجيل وفقاً لأحكام المشروع (وهو ما جاء أيضا فى المادة ٣/٩٦٩ من التقنين) ، فإن التسجيل واجب لكسب الملكية نفسها بالتقادم وليس واجبا للتطهير . ذلك أن من يتملك بالتقادم القصير لا يتملك بالسبب الصحيح الناقل للملكية ، وإنمـــا يتملك بواقعة مادية تستعصى على التسجيل ، هى الحيازة المقترنة بحسن النية وبهذا السبب الصحيح . مجموعة الأعمال التحضيرية حـ ٧ ص ١١٨ .

يظهر إذن مما تقدم أن وصف الحائز يصدق على من يكتسب ملكية العقار بالتقادم ، وذلك سواء كان التملك بالمدة الطويلة أو المدة القصيرة . وسند الملكية هنا واقعة قانونية لم يشترط المشـــرع تسجيلها لسريانها فى مواجهة المالك الحقيقى أو الغير . راجع فى هذا المعنى عبد الفتاح عبد الباقى ص ٤٣٥ ، وما بعدها ، وقارن سليمان مرقس فقرة ١٥٩ ص ٢٣٤ .

(١) انظر ما تقدم فقرة ١٠٨ .

(٢) ويرى جانب من الفقه الفرنسى أن الحائز لا يجوز له أن يلجأ له إلى تطهير العقار بعـــد التنازل عن ذلك صراحة أو ضمنا ، لأن بواعث تقريره ، وإن كانت تتصل بالمصلحة العامة إلا أنها لاتكفى لاعتباره من النظام العام الذى تفلت أحكامه من التعديل الارادى- بلانيول وريبير وبيكيه حـ ١٣ فقرة ١٢٠٧ — انظر ايضا جمال الدين زكى ص ٣٨٠ .

(٣) راجع ما تقدم فقرة ٨٥ .

وتبدو عدالة هذا الحكم بالنظر إلى العلة من إقرار التطهير . فهو وسيلة قانونية أراد بها المشرع أن ييسر تداول الملكية العقارية . وذلك بتمكين من يتلقى ملكية العقار من تحريره من الرهون المقررة عليه . وهي وسيلة أقرها المشرع على حساب مصالح الدائنين . إذ هو يلزمهم بشأنها إما أن يقبلوا القيمة المعروضة ، أو يطرحوا العقار للبيع بالمزاد ، الأمر الذى يفضى إلى استيفاء حقوقهم قبل الموعد المحدد أصلا لاستحقاقها . هذه العلة المتقدمة لا تتوافر فى الكفيل العينى ؛ إذ أنه أقدم طائعا مختارا على تقديم عقاره لضمان الوفاء بالدين . ومن ثم ليس من العدالة أن يسمح له بالعدول عن موقفه . وإجبار الدائنين على قبول وفاء معجل(١) .

وهكذا يتضح من كل ما تقدم أن الشخص الذى يجوز له تطهير العقار هو كل من اكتسب ملكيته أو حق عينى آخر يقبل البيع استقلالا ، وبشرط ألا تتوافر فيه صفة المديونية . ويضاف إلى ذلك وجوب تسجيل سند الحائز ، إذا كان هذا التسجيل واجبا . كما يشترط أن تكون الملكية قد اكتسبت فى التاريخ الواقع بين قيد الرهن وتسجيل تنبيه نزع الملكية . وغنى عن البيان أيضاً ، وكما أشرنا من قبل ، أن الحكمة من التطهير تنتفى إذا كان سند ملكية الحائز يفضى إلى انقضاء حق التتبع كما هو الحال بالنسبة إلى الراسى عليه المزاد ، أو فى صورة نزع الملكية للمنفعة العامة .

ويجوز لمن توافرت فيه الشروط المتقدمة تطهير العقار وذلك حتى ولو تلقى ملكية جزء منه فقط . بل ويحق أيضا للمالك بشرط فاسخ (٢) أن يطهر

---

(١) انظر بودان وفواران ﺟ ١٤ فقرة ١٠٨٥ ، اوبرى ورو ﺟ ٣ فقرة ٢٩٣ مكرر ص ٦٨٠ . راجع ايضا فى الفقه المصرى عبد الفتاح عبد الباقى ص ٤٣٨ ، وقارن احمد ابو الوفا فى اجراءات التنفيذ ص ٦٦٠ هامش ٣ .

(٢) ويلاحظ بطبيعة الحال أن المالك بشرط واقف لا يحق له مباشرة التطهير ، لأنه لا يصبح مالكا إلا بعد تحقق الشرط ، أما خلال الفترة الأولى فهو لم تثبت له هذه الملكية بعد . راجع انسيكلوبيدى دالوز ﺟ ٤ ص ٣٩٧ بند ٥٦ .

العقار . فإن تخلف الشرط ، خلصت له ملكية العقار بصفة باتة ، محررة من الرهون وإن تحقق الشرط زالت عنه الملكية بأثر رجعي ،وهنا يفضي منطق الأثر الرجعي للشرط إلى زوال آثار التطهير بالتبعية . ولكن المشرع قد خرج عن هذا الحكم صراحة فقرر أنه إذا تمت إجراءات التطهير انقضى حق الرهن الرسمي نهائيا ، ولو زالت لأى سبب من الأسباب ملكية الحائز الذى طهر العقار (م ١٠٨٣ مدنى) .

الفترة التى يجوز خلالها التطهير : يستفاد من نص المادة ١٠٦٤ أن هذه الفترة تبدأ منذ اكتساب الحائز ملكية العقار . ويحدث ذلك بتسجيل سند الملكية ، إذا كان واجب التسجيل ، أو بانقضاء المدة الواجبة لكسب الملكية بالتقادم . وهنا نلمس فائدة التطهير وأهميته للحائز . فهو يجيز له منذ البداية أن يبادر بتخليص العقار من الرهون التى تثقله . وبذلك يغنيه عن قلق الانتظار ، حتى يحل أجل الدين ويطالب به الدائن، ثم يشرع فى التنفيذ على العقار .

ويظل هذا الحق قائما إلى يوم إيداع قائمة شروط البيع ، أى إلى آخر المرحلة التى تسبق مباشرة ، طرح العقار للبيع بالمزاد . وقد استهدف المشرع فى ذلك منح الحائز أطول فرصة ممكنة لتحرير عقاره من الرهون . فإذا لم يعبر عن هذه الرغبة ، امتنع عليه إبداؤها بعد إعداد العقار للبيع بالمزاد، وليس له حينئذ إذا أراد الاحتفاظ بملكية العقار ، إلا أن يشترك فى المزايدة ، وقد أجاز له القانون ذلك صراحة .

اجراءات التطهير : تتمثل إجراءات التطهير فى اتخاذ موقف معين من جانب الحائز ، وإبداء رأى الدائنين في هذا الموقف ، وتحديد المصير النهائى للعقار على ضوء هذا الرأى .

موقف الحائز : يجب على حائز العقار المرهون أن يوجه إعلاناً رسمياً على يد محضر إلى كل دائن صاحب حق مقيد على العقار . ويصدق هذا الوصف

على الدائن المرتهن رهنــاً رسمياً . والمرتهن رهناً حيازياً . والمقرر له حق اختصاص ، والمزود بحق امتياز عقارى خاص . على أنه يشترط فى هذا الشأن أن يكون كل حق من الحقوق المتقدمة قد سبق شهره بإجراء القيد فى تاريخ سابق على اكتساب الحائز لملكية العقار .

وتوجه الإعلانات إلى الدائنين فى الموطن المختار الذى ورد ذكره فى قائمة القيد ، فإن تخلف هذا البيان يجوز الإعلان فى قلم كتاب المحكمة التى يقع فى دائرتها العقار(١) . ويجوز أيضاً بطبيعة الحال فى محل إقامة الدائن .

ويترتب على إهمال الحائز فى إعلان أحد الدائنين ، عدم سريان آثار التطهير فى مواجهته ، وبالتالى يجوز له التنفيذ على العقار . على أن ذلك متروك تقديره للدائن صاحب المصلحة ، فقد يكون راضيا عن المبلغ المعروض ، وحينئذ يحق له الاشتراك فى التوزيع حسب المرتبة التى يخولها له القيد .

ويشترط فى كل إعلان موجه إلى أحد الدائنين المتقدمين أن تذكر فيــه البيانات الآتية : —

١ — سند ملكية الحائز : وفى هذا الشأن يلزم بيان طبيعة هذا السند ، هل هو تصرف قانونى أم واقعة التقادم . فإذا كان تصرفا قانونياً يجب ذكر نوعه (إذا كان بيعا أو هبة مثلا) . وهنا أيضا يتعين ذكر إسم المالك السابق للعقار مع تاريخ تسجيل ملكية الحائز ورقم هذا التسجيل . وإذا كان التصرف القانونى بيعا يذكر أيضا الثمن وما عسى أن يوجد من تكاليف تعتبر جزءاً من هذا الثمن ، وفى هذا البيان الأخير عون للدائنين على اتخاذ موقف من المبلغ الذى يعرضه الحائز كقيمة تقديرية للعقار .

٢ — تحديد العقار : لابد من ذكر العقار وتعيينه على سبيل التحديد . وهو

---

(١) راجع ما تقدم فى البيانات القانونية فى قائمة القيد فقرة ٦٠ .

بيان ييسر للدائنين معرفة نطاق ملكية الحائز : وعلى ضوئه يمكن اتخاذ موقف من العرض المقدم لهم .

٣ - يجب أن يتضمن الإعلان كذلك قائمة تشمل أسماء الدائنين أصحاب الحقوق المقيدة ، مع ذكر تاريخ هذه القيود ومقدار الحقوق التى تضمنها . وظاهر من هذا البيان أن المعلومات التى يتضمنها بالغة الأهمية بالنسبة إلى كل دائن . فهى تعينه على تحديد موقفه من المبلغ المعروض ، ومدى توافر الفرصة أمامه فى استيفاء دينه . وهو يستطيع إدراك هذه الفرصة بالنظر إلى عددالدائنين الذين يحتلون مراتب متقدمة عليه ، واحتساب مقدار الديون المستحقة لهم .

٤ - أخيراً ، ولعل هذا البيان دلالته حاسمة فى آثار العرض ، يجب ذكر المبلغ الذى يقدره الحائز كقيمة معبرة عن العقار .

ويلاحظ فى هذا الشأن أن تقدير هذا المبلغ ينفرد به الحائز وحده ، وتبدو مصلحته ظاهرة فى أن يصل به إلى الحد الأقصى المعبر عن القيمة الحقيقية للعقار ، على نحو يبعث الطمأنينة فى نفس كل دائن ، فيرده عن كل قلق يساوره أو أمل فى الحصول على منفعة أوفر بطرح العقار للبيع بالمزاد .

وقد أورد المشرع قيودا على تقدير الحائز فى حالة ما إذا اكتسب ملكية العقار عن طريق البيع ، فألزمه بعرض مبلغ لا يقل عن المتبقى فى ذمته من الثمن المستحق . بل وقد وضع أيضاً حداً أدنى لهذا التقدير ، وهو ألا ينقص عن السعر الذى يتخذ أساساً لتحديد الثمن فى حالة نزع الملكية . ولكن ذلك الحكم الأخير ظل عديم التطبيق ، لأن تقنين المرافعات جاء خاليا من وضع هذا الأساس (١) .

---

(١) بذلت محاولات فقهية لتيسير تطبيق حكم المشرع فى التقنين المدنى ، فقيل بالاستعانة بما جاء فى القانون رقم ٩ لسنة ١٩٤٤ الخاص بالرسوم القضائية ورسوم التوثيق . وقد جاء فيه (م ٨٥) أن الرسوم التى تؤخذ عن العقارات تقدر على أساس أن قيمة الأطيان الزراعية لا تقل عن الضريبة السنوية مضروبة فى ٦٠ وأن قيمة الأملاك المبنية لا تقل عن القيمة الإيجارية السنوية المتخذة أساساً لربط العوائد مضروبة فى ١٥ (راجع سليمان مرقص ص ٢٤٢ هامش ١) . وأيا كان الأمر فى تقدير هذا الجهد الفقهى . فليس من اليسير انبساعه بلا نص صريح ، ما دام المشرع فى تقنين المرافعات لم يضع سعرا أساسيا لنزع ملكية العقارات .

أخيرا أضاف المشرع أن الحائز إذا تلقى ملكية عقار (كأرض زراعية مثلا) و كان مثقلا فى أجزاء متعددة منه برهون مختلفة ، يجب عرض تقدير مستقل لكل جزء من العقار على انفراد . وظاهر أن هذا الحكم قصد به تمكين كل دائن من اتخاذ موقف فيما يتعلق بدينه .

إذا تم إجراء الإعلان على النحو المتقدم ، لا يلتزم الحائز بإيداع المبلغ المعروض ، بل يجب فى هذا الصدد أن يبدى فقط استعداده للوفاء بالديون المقيدة فى حدود المبلغ الذى قدره . ولم يفرق المشرع هنا بين الديون الحالة أو المؤجلة . بل ألزم الحائز بابداء استعداده لأداء مبلغ واجب الدفع فوراً ، أيا كان ميعاد استحقاق الديون المقيدة (م ١٠٦١ مدنى) .

والحكمة من النص المتقدم هى أن المشرع ، بالأخذ بالتطهير كوسيلة لتخليص العقار من الرهون ، قد حرم الدائنين من الآجال التى اقترنت بها حقوقهم كما سبق البيان . وهو من ناحية أخرى تعويضاً لهم عما فقدوه ، يلزم الحائز فى الوقت نفسه بأداء المبلغ المعروض فورا إذا ارتضى الدائنون العرض المقدم لهم. ذلك الحكم لا يتصل بالنظام العام ، فهو لا يضع قاعدة آمرة ، ومن ثم يجوز للدائنين التنازل عن تلقى الوفاء العاجل ، ومنح الحائز أجلا لأداء ما التزم به(١)

هكذا يتمثل موقف الحائز فى أنه تعبير عن إرادة منفردة بالرغبة فى تطهير

---

(١) أخذ المشرع فى الرهن البحرى (القانون رقم ٣٥ لسنة ١٩٥١ الخاص بحقوق الامتياز والرهون البحرية) بحكم مماثل فأجاز التطهير الاختيارى للسفينة ، وألزم الحائز (وهو مشترى السفينة) أن يقرر استعداده لدفع جميع الديون المضمونة بالرهن فورا سواء كانت مستحقة الأداء أو غير مستحقة وذلك فى حدود الثمن الملتزم به . ولكن يختلف حكم الرهن البحرى عما جاء فى التقنين المدنى ، فى أن الدائن حينما يرفض العرض المقدم من مشترى السفينة ، له أن يطلب فى مدى عشرة أيام من تاريخ الاعلان بيع السفينة أو جزء منها مع تقرير بزيادة العشر . بينما نجد ، كما يتضح من دراستنا فى المتن ، أن الدائن حينما يرفض عرض حائز العقار المرهون لا يقرر الزيادة بالعشر بل يطلب فقط طرح العقار للبيع بالمزاد . انظر مصطفى كمال طه أصول القانون البحرى فقرة ٧٨٣ .

العقار من الحقوق العينية التبعية التى تثقله . وهى إرادة يلتزم بالأبقاء عليها فترة معينة حددها المشرع بثلاثين يوما ؛ ينبغى على الدائنين خلالها إبداء رأى فى هذا العرض .

رأى الدائنين فى العرض : تنتهى المرحلة الأولى فى التطهير بتوجيه الاعلانات . وتبدأ مرحلة ثانية يظهر فيها الدائنون ، ويتعين فيها إبداء الرأى فيما عرض عليهم . وفى هذا الشأن أفصح المشرع عن رغبته فى حسم الأمر على وجه الاستعجال ، وبطريقة جدية . ويتمثل ذلك فى أنه قيد إبداء الرأى بفترة قصيرة حددها بثلاثين يوماً تحتسب من تاريخ آخر إعلان رسمى ، ويضاف إليها ميعاد مسافة بين الموطن الأصلى لكل دائن وموطنه المختار ، على ألا يتجاوز هذا الميعاد ثلاثين يوماً أخرى (١٠٦٧) . وقد أراد المشرع أيضاً أن يجعل لإبداء الرأى صفة جدية ؛ فألزم الدائن الذى يرفض العرض بإيداع مبلغ فى خزانة المحكمة يغطى مصاريف البيع بالمزاد ، وحرمه من استرداد هذا المبلغ إذا لم يرس المزاد بثمن أعلى من المبلغ الذى عرضه الحائز (١٠٦٨) .

يتضح مما تقدم أن المشرع بهذا التحديد الزمنى لإبداء الرأى ؛ وبذلك التكليف الذى أوقعه على الدائن الذى يرفض العرض ، أراد أن يكفل للتطهير تطبيقاً فعالا . والأمر لا يخرج عن أحد فرضين ، إما أن يقبل الدائنون العرض أو يرفضه بعضهم أو أحد منهم .

١ — قبول العرض : يقبل الدائنون العرض الموجه إليهم إذا قدر كل منهم أن المبلغ التقديرى يعبر عن القيمة الحقيقية للعقار . وهو قبول قد يكون صريحاً ، وقد يكون ضمنياً بترك ميعاد الخيار المحدد فى القانون ، دون اتخاذ موقف معين .

ويكفى اعتراض أحد الدائنين ، أو كفيل يضمن الوفاء بالحق المضمون بالرهن ، حتى يصبح قبول العرض مستحيلا .

على أنه إذا تخلف أى اعتراض ، يترتب على ذلك تخليص العقار نهائيا من الحقوق المقررة عليه .

ولكن التطهير ينصرف فقط بطبيعة الحال إلى الحقوق التى كانت مقررة للأشخاص الذين قام الحائز بإعلانهم بالعرض . ومن ثم فهو لا ينصرف إلى ما يكون قد رتبه شخصيا من رهون .

ولا يتم التطهير قانوناً إلا إذا قام الحائز بدفع المبلغ الذى عرضه للدائنين الذين تسمح مراتبهم باستيفاء حقوقهم منه ، أو إذا أودع هذا المبلغ خزانة المحكمة . والإيداع فى خزانة المحكمة يلجأ إليه الحائز عادة حينما يستشعر خلافا بين الدائنين فى التوزيع (م ١٠٧٠ مدنى) .

٢ — رفض العرض: لم يكن من العدل أن يلزم المشرع الدائنين بعرض انفرد بتقديمه الحائز وحده . ولهذا أجاز لهم كما تقدم البيان التعبير عن عدم رضائهم به ، والمطالبة بطرح العقار للبيع بالمزاد .

ويكفى فى هذا الصدد أن يتصدى دائن واحد لرفض العرض ، حتى يفوت على الحائز غرضه منه . بل ويجوز أيضاً لكل كفيل ضامن للوفاء بحق يضمنه الرهن ، أن يرفض هذا العرض . ذلك أن الكفيل من مصلحته تمكين الدائن المرتهن من استيفاء دينه من قيمة العقار المرهون . حينئذ يزول التزامه بانقضاء الكفالة .

وحتى يطمئن المشرع إلى جدية الرفض ،حرص على تنبيه الدائن أو الكفيل إلى عدم الإقدام عليه دون روية وتبصر . ومن ثم ألزم من يرفض العرض بإيداع مبلغ فى خزانة المحكمة كاف لتغطية مصاريف البيع بالمزاد . بل وحرمه من استرداد المبلغ ، كما تقدم ، إذا لم يرس المزاد بثمن أعلى من المبلغ الذى عرضه الحائز .

بل وقد أراد المشرع أن يعجل بحسم الأمر ، فألزم من يرغب فى عدم قبول

العرض أن يعبر عن إرادته فى موعد محدد ، قدره بثلاثين يوما من آخر إعلان يوجه إلى الدائنين . مضافاً إليه ميعاد مسافة بين الموطن الأصلى للدائن وموطنه المختار . على ألا يزيد هذا الميعاد عن ثلاثين يوما أخرى . هذا هو التحديد الزمنى الذى وضعه المشرع لخيار الدائن . ويظهر منه أننا بصدد ميعاد سقوط ، وبالتالى فهو يسرى على كل شخص حتى ولو كان ناقص الأهلية .

على أن المشرع من ناحية أخرى أراد أن يكفل مصلحة الدائنين ، ويفوت فرصة تواطؤ الحائز مع أحدهم ، فوضع حكما مقتضاه أنه لا يجوز لمن رفض العرض أن يتنحى عن طلبه فى بيع العقار إلا بموافقة جميع الدائنين المقيدين وجميع الكفلاء (الفقرة الثانية من المادة ١٠٦٨) . والقول بغير ذلك فيه تغرير بدائن أو كفيل اعتمد على رفض باشره زميل له ، فانقضت على هذا النحو المدة المحددة قانونا لإعلان الرفض .

ويتم التعبير عن الرفض فى صورة إعلان يوجه إلى الحائز وإلى المالك السابق للعقار (سواء كان المدين أو غيره) (١) . ويوقع على الإعلان طالب الرفض أو من يوكله فى ذلك توكيلا خاصاً . ويجب أن يصحب الإعلان إيداع مبلغ كاف لتغطية مصاريف البيع كما سبق البيان . وفى هذا الشأن يقرر المشرع بطلان الطلب إذا لم يتوافر أحد الشروط السابقة (٢) .

---

(١) وتظهر مصلحة المالك السابق للعقار إذا كان شخصاً غير المدين فى العلم برفض العرض ، فقد يفضل القيام بسداد حقوق الدائنين حتى يتوقى بذلك دعوى الضمان التى قد يستخدمها فى مواجهته حائز العقار المرهون . أما إذا كان المالك السابق هو المدين نفسه ، فمصلحته أكثر ظهورا فى العلم بالرفض عساه ايضا يؤثر سداد الديون فيتفادى رجوع الحائز عليه .

(٢) تنبغى الإشارة هنا إلى احتمال تواطؤ الحائز مع أحد الدائنين على أن يتعمد هذا الأخير توجيه اعلان بالرفض مشوب بالبطلان ، وبذلك قد تفوت المدة القانونية للرفض ويتقرر بطلان الاعلان ، فيحرم الدائنون من إمكان بيع العقار بالمزاد . على أنه إذا ثبت هذا التواطؤ فهو خاضع للقواعد العامة فى المسئولية التقصيرية ، ويجوز الحكم بالتعويض للدائنين . راجع بودان وفوارات ج ٢٤ فقرة ١١١٨ .

ويتضمن الإعلان بطبيعة الحال رفض العرض المقدم من الحائز وطلب بيع العقار المطلوب تطهيره . عندئذ تتبع الإجراءات المقررة فى البيوع الجبرية ، ويتم البيع بناء على طلب صاحب المصلحة فى التعجيل . وقد يكون أحد الدائنين ، وقد تتوافر هذه المصلحة للحائز أيضا . وعلى من يباشر الإجراءات أن يذكر فى إعلانات البيع المبلغ الذى قوم به العقار (الفقرة الأولى من المادة ١٠٦٩)(١).

هكذا يقع رفض العرض الموجه من الحائز ، فيفوت عليه رغبته فى الاحتفاظ بملكية العقار ، وتحريره من الحقوق العينية التبعية المقررة عليه . دون الالتجاء إلى اجراءات البيوع الجبرية .

على أن المشرع قد هيأ للحائز فرصة أخرى يستطيع بمقتضاها أن يحتفظ بملكية العقار . وهو فى هذا الشأن استعان بأداة قانونية ، راعى فى تقريرها أنه ليس من العدل حرمان الحائز من ملكه لمجرد أن أحد الدائنين تصدى لرفض العرض الموجه اليه.وقوام هذه الأداةهو حق الحائز فى الاشتراك فى مزادالعقار ، بشرط ألا يعرض ثمنا أقل من الباقى فى ذمته . فاذا طرح العقارللبيع بالمزاد ، وفقا للاجراءات التى رسمها تقنين المرافعات ،تنحصر النتيجة فى أحد أمرين ، إما رسو المزاد على الحائز نفسه ، أو انتقال ملكية العقار إلى مزايد آخر غير الحائز . وسنعرض لدراسة كل فرض منها على انفراد بعد الفراغ من بيان حق الحائز فى تخلية العقار . أو رضائه بتحمل اجراءات نزع الملكية .

على أنه تنبغى الإشارة هنا فقط ، وسنعود إلى تفصيل هذا الحكم مرة أخرى ، إلى أن رفض العرض وطرح العقار للبيع بالمزاد يرجىء وقوع التطهير . فى هذه الحالة لا يتحرر العقار من الحقوق المقيدة (سواء رسا المزاد على

---

(١) لم يستلزم المشرع فى التقنين المدنى الجديد وجوب التقرير بزيادة العشر إذا ما طلب أحد الدائنين طرح العقار للبيع بالمزاد ، وهو إجراء أوجبه القانون رقم ٣٥ لسنة ١٩٥١ (الخاص بحقوق الامتياز والرهون البحرية) فى حالة التطهير الاختيارى للسفينة . راجع مصطفى كمال طه أصول القانون البحرى فقرة ٧٨٣ .

الحائز أو غيره) إلا بإيداع الثمن الذى رسا به المزاد فى خزانة المحكمة ، أو بدفعه إلى الدائنين المقيدين الذين تسمح مرتبتهم باستيفاء حقوقهم من هذا الثمن وفقا لأحكام المادة ١٠٧٥ ، ١٠٨٤ من التقنين المدنى (١) .

مما تقدم يظهر لنا أن محاولة تطهير العقار ليست مأمونة العاقبة من حيث تمكين الحائز من تفادى بيع العقار بالمزاد . اذ يكفى فقط أن يرفض أحد الدائنين العرض الموجه اليه . وهنا يظهر أن وسيلة قضاء الديون التى يضمن العقار الوفاء بها لا تعرض الحائز للخطر السابق ، فهو إن قام بسداد جميع الديون ، امتنع على أى دائن حق المطالبة بطرح العقار للبيع بالمزاد . وخلصت ملكيته للحائز محررة من الحقوق المقررة عليه (٢) .

---

(١) انظر مايلى فى دراسة رسو المزاد على الحائز أو غيره ، وفى دراسة الفصل الثالث المخصص لزوال الرهن الرسمى .

(٢) يتفق التطهير وقضاء الديون فى أن كلا منهما أداة قانونية يرمى بها الحائز إلى ادراك هدف مشترك ، وهو تحرير العقار من الحقوق العينية التبعية المقررة عليه . على أن المفاضلة بينهما تقتضى تسجيل الملاحظات الآتية : —

١ — يعتبر قضاء الديون ، فى سبيل تحقيق الهدف المتقدم ، وسيلة مأمونة العواقب ، ذلك أن مجرد سداد جميع الديون يترتب عليه تخليص العقار من الحقوق المقيدة عليه بصفة نهائية . بينما نجد أن عرض الحائز لقيمة تقديرية للعقار ، لا يجنبه مخاطر رفض أحد الدائنين لهذا العرض ، وقد يفضى ذلك إلى خروج العقار من ذمته إذا ما رسا المزاد على شخص آخر . ومن ثم فإن قضاء الديون جميعها ، يفضل التطهير من حيث أنه أكثر ضمانا فى تمكين الحائز من الاحتفاظ بملكية العقار المرهون .

٢ — على أن التطهير يفضل سداد الديون من ناحية أخرى ، وهو أنه وسيلة يجوز للحائز أن يستعين بها فور اكتسابه ملكية العقار ودون حاجة إلى انتظار انذار الدائن حينما يحل أجل الدين . فالتطهير على هذا النحو وسيلة عاجلة تيسر للحائز تخليص العقار من الرهن ولو كانت الديون مؤجلة .

ولكن يلاحظ من جهة أخرى أن حق الحائز فى قضاء الديون يمتد إلى فترة أبعد مدى من حقه فى التطهير . فقد بينا فى المتن أن ايداع قائمة شروط البيع هو التاريخ المنهى لحق الحائز فى التطهير . أما قضاء الديون فيظل ميسرا حتى يوم رسو المزاد . بل وجدير بالاشارة فى هذا الصدد أيضا ، الحكم الذى استحدثه تقنين المرافعات فى المادة ٦٨٤ (وهو يتصل بالحالة التى يعاد فيها =

١١٦ - تخلية العقار

هذه وسيلة قانونية ثالثة زود بها المشرع حائز العقار المرهون. وهو يستخدمها إذا ما قدر أن الاستعانة بالوسائل الأخرى لا تحقق له نفعاً . فقد يرى أن قضاء الديون لن يكفل له استيفاء ما دفعه فى حالة رجوعه على المدين ، وقد يتبين له أن محاولة التطهير ستفضى حتما إلى رفض أحد الدائنين للعرض الموجه لهم . وقد يكون حريصا على عدم تحمل اجراءات نزع الملكية . وعندئذ يفضل تخلية العقار .

وتخلية العقار معناها ترك الحيازة العرضية لشخص آخر غير الحائز تتخذ

مزاد بيع العقار إذا قرر شخص ممن يجوز لهم الاشتراك فى المزاد ؛ أنه يقبل الشراء بزيادة العشر . هنا أجاز القانون الحائز مرة أخرى (وللمدين أيضا) حتى اليوم المحدد للمزايدة الثانية ، أن يودع خزانة المحكمة مبلغا يكفى لوفاء الديون والفوائد والمصاريف المستحقة للدائن مباشر التنفيذ ، والدائنين الذين سجلوا تنبيهاتهم والدائنين المقيدة حقوقهم ، ويغطى ايضا ما صرفه مقرر الزيادة بالعشر فى إجراءات التقرير بها . ويعلن محضر الايداع إلى الدائنين المتقدم ذكرهم والى مقرر الزيادة والراسى عليه المزاد . ويجوز التجاوز عن الإيداع برضاء هؤلاء الدائنين جميعا . ويترتب على ماتقدم أن يقرر قاضى البيوع إلغاء حكم مرسى المزاد وشطب إجراءات المزايدة الثانية ويحصل التأشير بما يفيد ذلك بناء على طلب قلم الكتاب على هامش تسجيل حكم مرسى المزاد بغير مصاريف . وقد رجح المشرع بذلك الحكم مصلحة المدين أو الحائز فى استيفاء ملكه على مجرد أمل المشترى بالمزاد الأول فى الاحتفاظ بما آل اليه بموجب بيع مقترن بشرط فاسخ ، وعلى مجرد أمل مقرر الزيادة فى إيقاع البيع الثانى له بالثمن الذى عرضه (المذكرة التفسيرية لقانون المرافعات) .

يظهر مما تقدم أن حق الحائز فى تطهير العقار يبدأ فى تاريخ سابق على حقه فى قضاء الديون ، إذ يجوز له مباشرة التطهير منذ اكتساب ملكية العقار . ولكن حقه فى قضاء الديون يمتد إلى تاريخ أبعد مدى ، فهو يظل قائما حتى يوم رسو المزاد ، بل يعود للظهور مرة أخرى إذا ما أعيد البيع بناء على التقرير بزيادة العشر .

ولو تأملنا النظر فى المفاضلة بين هاتين الوسيلتين ، لوجدنا أن الحائز يميل إلى قضاء الديون إذا كانت تقل فى مقدارها عن قيمة العقار المرهون . وهو يفضل التطهير إذا كان قدر الديون يجاوز قيمة العقار ، عندئذ يقنع بعرض تقديرى ، ويأمل فى قبول الدائنين لهذا المبلغ باعتبار أن بيع العقار لن ييسر لهم الحصول على أكثر منه .

ضده إجراءات نزع الملكية وبذلك يتفادى الحائز ظهور اسمه فى هـذه الاجراءات وهو أمر قد يخشى عواقبه لما يفضى إليه من مساس بسمعته المالية .

وبهذه المثابة يظهر لنا أن تخليه العقار حق يلجأ إليه إذا أراد أن يتجنب اتخاذ اجراءات التنفيذ على العقار فى مواجهته . وبذلك يصون ائتمانه من شبهة اضطراب مركزه المالى . وهو ماقد توحى به مباشرة اجراءات نزع الملكية باسمه .

بل وتتميز التخلية بأنها تجيز للحائز أن يترك الحيازة العرضية لشخص آخر . وهكذا يتوقى تحمل اجراءات نزع الملكية بما تتضمن من جهد ونفقة . وفضلا عن ذلك فهو يتخلص من مسئولية ادارة العقار فى هذه الفترة الحرجة التى تبدأ بالشروع فى التنفيذ وتنتهى ببيع العقار بالمزاد (١) . ولا يلجأ الحائز عادة إلى التخلية ، إلا إذا كان غير راغب فى وفاء الديون ، أو فى تطهير العقار على النحو السابق بيانه (٢) .

على أن جانبا من الفقه لايروق له نظام التخلية . فهو ، وإن كان لايضر الدائن المرتهن ، إلا أنه ، يفضى إلى تعطيل اجراءات التنفيذ ، بما يقتضيه من تعيين حارس على العقار ، وما يفضى اليه من تعثر هذه الاجراءات والزيادة فى نفقاتها (٣) .

على ضوء ماتقدم نتناول بالبحث تحديد الأشخاص الذين يجوز لهم تخلية العقار ، والاجراءات التى يجب اتباعها ، وأخيرا الآثار المترتبة عليها .

من تجوز له تخلية العقار : يتحدد الأشخاص الذين يجوز لهم تخلية العقار على

---

(١) ويلاحظ فى هذا الشأن انتفاء مصلحة الحائز فى التمسك بادارة العقار ، لأن الثمار التى يغلها تلتحق بقوة القانون لصالح الدائنين من وقت انذار الحائز بالدفع أو التخلية . راجع ماتقدم فقرة ١١٠ .

(٢) وفى هذا الشأن تقرر مذكرة المشروع التمهيدى ما يأتى « إذا لم يدفع الحائز الدين ولم يلجأ إلى التطهير ، بقى أمامه أن يخلى العقار حتى يكفى نفسه المؤونه فى مواجهة اجراءات التنفيذ ، وحتى يتقى الظهور فى هذه الاجراءات شخصا تنزع ملكيته بما ينطوى على ذلك من مساس بسمعته » . مجموعة الأعمال التحضيرية جـ ٧ ص ١٢٢ .

(٣) انظر فى هذا المعنى بلانيول وريبير وبيكيه جـ ١٣ فقرة ١١٤٤ ص ٥٠٠ .

ضوء طبيعة هذه الوسيلة القانونية . والهدف من تقريرها . فهى ترك الحيازة العرضية بقصد عدم ظهور اسم مالك العقار فى إجراءات نزع الملكية . وعلى هذا النحو تمتنع التخلية على كل شخص يمكن للدائن أن يسأله عن وفاء الدين بضمان أموال أخرى غير العقار المرهون .

تطبيقا لما تقدم لا تجوز التخلية لمدين متضامن أو كفيل شخصى اكتسب ملكية العقار المرهون . لأن الدائن فى وسعه أن ينفذ على أى مال آخر مملوك لأحد منهما . وبذلك تنتفى الحكمة من التخلية . ويكون السماح بها عديم الجدوى .

وعلى النقيض من ذلك أجاز المشرع للكفيل العينى أن يطالب تخلية العقار (الفقرة الثانية من المادة ١٠٥١) . وقد قدمنا فى هذا الصدد (١) أن الكفيل العينى فى تقديرنا تتوافر فيه صفة المديونية ، ولكنه يحدد المسئولية عنها فى نطاق العقار المرهون فقط . وهو بذلك يمتنع عليه التطهير ، باعتبار أنه مسئول عن أداء الدين فى الحدود المتقدمة . ولكن ليس ثمة ما يمنع من السماح له بتخلية العقار لتوافر الهدف من تقرير هذه الوسيلة القانونية . فكل ما يسعى إليه الكفيل هنا هو ترك الحيازة العرضية ، حتى يتجنب إشراكه فى إجراءات نزع الملكية . وهو باتخاذ هذا الموقف يستند إلى أنه مدين تابع ، وأنه لا ضرر على الدائنين من انسحابه أثناء التنفيذ على العقار .

بقى أخيرا حائز العقار المرهون ، وهو صاحب الحق الأصيل فى التخلية . ولكنه يتجرد منه فى كل مرة يلتزم فيها بأداء الديون ، إما بناء على اتفاق أو نص فى القانون . فى الأحوال التى ألزمه فيها المشرع بذلك (م ١٠٦٣ من التقنين المدنى) (٢) . وتمتنع عليه التخلية أيضا إذا تعهد فى مواجهة المالك السابق للعقار بدفع الديون من الثمن المستحق فى ذمته ، وقبل الدائنون هذا

---

(١) راجع ما تقدم فقرة ٨٦ . وانظر أيضا فقرة ١٠٩ فى وجوب ألا تتوافر فى الحائز صفة المديونية ، فقرة ١١٢ فى عدم جواز تطهير العقار إلا من حائزه .

(٢) راجع ما تقدم فقرة ١١٤ .

التعهد (١) . بل ولا تجوز له التخلية إذا باشر إجراءات التطهير بعرض قيمة تقديرية للعقار ، إذ يتعلق حق الدائنين بهذا العرض منذ إعلانهم به ، ويلتزم الحائز بأداء هذا المبلغ .

اجراءات التخلية : لم يتضمن التقنين المدنى الجديد تحديد النطاق الزمنى لجواز مباشرة التخلية . ولكنه أشار فقط إلى الوقت الذى تبدأ فيه فائدتها . ويكون ذلك بتوجيه الإنذار إلى الحائز بالدفع أو التخلية (م ١٠٧٢ من التقنين المدنى) .

ويمكن القول على ضوء الغاية من هذه الوسيلة القانونية ، أن الحائز يستطيع تخلية العقار طوال الفترة التى تستمر فيها إجراءات نزع الملكية . وعلى هذا النحو يظل حقه قائما فيها حتى تاريخ رسو المزاد . على أنه يلاحظ بطبيعة الحال أن الحائز الذى يحرص على عدم ظهور اسمه يبادر منذ إنذاره بإبداء الرغبة فى تخلية العقار .

وقد تكفلت المادة ١٠٧١ ببيان الإجراءات التى يجب اتباعها فنصت على ما يأتى « تكون تخلية العقار المرهون بتقرير يقدمه الحائز إلى قلم كتاب المحكمة الابتدائية المختصة ، ويجب عليه أن يطلب التأشير بذلك فى هامش تسجيل التنبيه بنزع الملكية ، وأن يعلن الدائن المباشر للاجراءات بهذه التخلية فى خلال خمسة أيام من وقت التقرير بها » .

ويجوز لمن له مصلحة فى التعجيل أن يطلب إلى قاضى الأمور المستعجلة تعيين حارس تتخذ فى مواجهته إجراءات نزع الملكية . ويعين الحائز حارسا إذا طلب ذلك .

تبدأ الإجراءات ، كما يظهر من نص هذه المادة ، بطلب يتقدم به الحائز

---

(١) انظر بلانيول وريبير وبيكيه ج ١٣ فقرة ١١٤٧ ، ونلاحظ فى هذا الصدد أن قبول الدائنين لمثل هذا التعهد ، يجعل كل منهم دائناً مباشراً للحائز ، وذلك على أساس أن الاتفاق بينه وبين البائع يكون بمثابة اشتراط لمصلحة الغير .

أو الكفيل العيني إلى قلم كتاب المحكمة المختصة . ثم يبادر بالتأشير بهذا الطلب في هامش تسجيل تنبيه نزع الملكية . ويعلن الدائن الذى شرع فى التنفيذ على العقار بهذه التخلية فى خلال خمسة أيام من وقت تقديم الطلب بها إلى المحكمة .

وعلى ضوء هذه الخطوات المتقدمة ، يصدر الحكم بإقرار التخلية . ويتعين أمين أو حارس على العقار تباشر إجراءات نزع الملكية فى مواجهته . ويجوز لكل دائن صاحب مصلحة أن يعترض على التخلية إذا ما تخلف شرط من شروطها ، وبصفة خاصة إذا كان الحائز قد تعهد اتفاقا بسداد الديون ، أو كان ملزماً بذلك بنص القانون كما تقدم البيان .

وقد أجازت المادة ١٠٧١ التعجيل بتعيين حارس باستصدار حكم من قاضى الأمور المستعجلة . بل وقد يعين الحائز نفسه حارساً إذا طلب ذلك . على أنه يندر أن يتقدم الحائز بمثل هذا الطلب ، إذا كان حريصا على إخفاء اسمه أثناء نزع ملكية العقار . ولكن يلاحظ أن صفته كحارس لا تسيء إليه بقدر ماتوجه إليه الإجراءات بوصفه مالكا للعقار المرهون ، لاسيما وأن حراسته للعقار تمكنه من إدارته على نحو يبعث الطمأنينة ، إذا ما كان فى نيته أن يحتفظ بملكيته بالاشتراك فى المزاد .

آثار التخلية: ليس من اليسير لأول وهلة أن نلمس المزايا التى يمكن أن تترتب على التخلية ، سوى هذا الحرص الذى يبديه الحائز فى إبعاد اسمه عن إجراءات نزع الملكية .

على أن التخلية إذا ما قدرناها كوسيلة قانونية أقرها المشرع ، يمكن إدراك مزاياها . فهى أولا تفيد الدائنين ، فى أنها تتضمن إقراراً من جانب الحائز بحقهم فى مباشرة التتبع . وعلى هذا النحو يمتنع عليه أن ينكر ذلك الحق عليهم بعد أن اعترف به ضمنا بطلب التخلية .

ولكن التخلية تحقق مصلحة الحائز بصفة خاصة . فهى تجنبه عبء الاشتراك فى إجراءات التنفيذ على العقار ، وتعفيه من تحمل مسئولية إدارته خلال هذه

الفترة . ولعل هذا الاعتبار هو الذى يبعد فى تقديرنا احتمال أن يطلب الحائز تعيينه حارسا على العقار ، بعد أن عبر عن رغبته فى التخلية .

وكل ما تفضى إليه التخلية من آثار هو زوال الحيازة العرضية عن الحائز . أما الحيازة القانونية فتبقى له ويظل مالكا للعقار المرهون (١) حتى يرسو مزاده على شخص آخر .

١١٧ - تحمل اجراءات نزع الملكية :

قد يحجم الحائز عن سداد ديون أصحاب الحقوق المقيدة ، وقد يمتنع عن تطهير العقار . بل وربما لا يرى داعياً لإبداء رغبته فى التخلية ، إذا ما تلقى إنذار الدائن . عندئذ لامناص من أن يخضع للسير الطبيعى لمباشرة التتبع ، وهو تحمل إجراءات نزع الملكية .

وعلى الدائن فى هذا السبيل أن يترسم خطوات قانون المرافعات : التى تبدأ بالتنبيه على المدين بنزع الملكية ، وبالتنبيه على الحائز بالدفع أو التخلية ، حتى تدرك فى نهاية المطاف صدور الحكم برسو المزاد .

وقد أشرنا من قبل أن تخلية العقار ، أو تحمل إجراءات نزع الملكية لايحرم الحائز من إمكان الاحتفاظ بملكية العقار . ذلك أن القانون أجاز له الاشتراك فى المزاد بشرط ألا يعرض ثمناً أقل من المستحق فى ذمته من ثمن العقار . بل وهو يستطيع أيضاً الدخول فى المزاد ، فى الصورة التى يعرض فيها على الدائنين

---

(١) ويترتب على القول بأن الحائز يظل مالكا للعقار المرهون ، وأن الملكية لا تنتقل إلى الغير إلا برسو المزاد عليه النتائج الآتية : —

١ — يستطيع الحائز ورغم التخلية ، أن يقوم بسداد الديون لأصحاب الحقوق المقيدة وبذلك تخلص له ملكية العقار مطهرة .

٢ — إذا قام بائع العقار بسداد هذه الديون ، فهنا يتوقى دعوى الضمان الذى قد يوجهها إليه الحائز . وعندئذ يحق للبائع أن يلزمه بالإبقاء على ملكية العقار ، ولا يجوز للحائز التمسك بأنه قد تخلى عنه ، لأن التخلية كان أثرها قاصرا على مباشرة إجراءات نزع الملكية .

لتطهير الاختيارى . فيرفضه أحدهم . ويترتب على هذا الرفض طرح العقار للبيع بالمزاد .

١١٨ - الفرصة الأخيرة لاحتفاظ الحائز بملكية العقار - الاشتراك فى المزاد :

تبين لنا من دراستنا السابقة للوسائل القانونية المختلفة التى أجازها المشرع للحائز ، أن تحرير العقار المرهون يقع بطريقة ودية ، فيتوقى الحائز بيعه فى حالتين : —

١ — إذا قام الحائز باختياره بسداد ديون أصحاب الحقوق المقيدة ، أوأجبر على ذلك فى الصور التى جاءت فى المادة ١٠٦٣ . عندئذ يفقد التنفيذ على العقار الحكمة منه ، ويكون للحائز الحق فى طلب محو ما على العقار من قيود .

٢ — إذا باشر إجراءات التطهير الاختيارى ، وصادف قبولا من الدائنين ، هنا أيضاً يتحرر العقار من الحقوق العينية التى تثقله ، إذا أودع الحائز المبلغ المعروض فى خزانة المحكمة أو دفعه للدائنين الذين تسمح مراتبهم باستيفاء حقوقهم منه (م ١٠٧٠ مدنى) .

ولكن هذه النتيجة المتقدمة قد يخفق الحائز فى إدراكها فيطرح العقار للبيع بالمزاد . ويتوافر ذلك فى الإحوال الآتية : —

١ — إذا اكتفى فقط بسداد بعض الديون ، وباشر أحد الدائنين الذى لم يستوف حقه اجراءات التنفيذ .

٢ — إذا عرض التطهير الاختيارى ورفضه أحد الدائنين ،

٣ — إذا أبدى رغبته فى تخلية العقار .

٤ — إذا قبل تحمل إجراءات نزع الملكية .

فى مثل هذه الصور المتقدمة ليس من سبيل أمام الحائز سوى الاشتراك فى المزاد ، عساه يفلح فى رسوه عليه ، فيحتفظ بملكية العقار .

وقد نصت المادة ١٠٧٤ على هذا الحق بقولها « يحق للحائز أن يدخل فى المزاد على شرط ألا يعرض فيه ثمناً أقل من الباقى فى ذمته من ثمن العقار الجارى بيعه » .

نعالج الآن ما يترتب على نجاح الحائز أو إخفاقه فى رسو المزاد عليه بما يفضى إليه من نتائج .

رسو المزاد على الحائز : فى هذا الشأن نصت المادة ١٠٧٥ من التقنين المدنى على ما يأتى « إذا نزعت ملكية العقار المرهون ولو كان ذلك بعد اتخاذ إجراءات التطهير أو التخلية ، ورسا المزاد على الحائز نفسه ، اعتبر الحائز مالكا للعقار بمقتضى سند ملكيته الأصلى ، ويتطهر العقار من كل حق مقيد إذا دفع الحائز الثمن الذى رسا به المزاد أو أودعه خزانة المحكمة » .

يستفاد من نص هذه المادة أن المشرع اصطنع أداة قانونية ، أجاز بمقتضاها للمالك أن يشترك فى مزاد أجرى لبيع عقار مملوك له . وهى أداة تهدف إلى تمكين الحائز من الاحتفاظ بملكية العقار ، وعلى هذا النحو لا ينبغى أن تجاوز الهدف من تقريرها .

تحديد الأداة بالقدر الذى لا يجاوز الهدف ، اقتضى من المشرع أن يستجيب إلى الواقع ، فيقرر أن الحائز يعتبر مالكا بمقتضى سند ملكيته الأصلى . وتخلص له هذه الملكية مطهرة من الحقوق المقيدة ، والتى من أجلها شرع فى التنفيذ على العقار ، إذا قام الحائز بدفع الثمن الذى رسا به المزاد إلى الدائنين أصحاب هذه الحقوق وفق ما تخوله لهم مراتب القيد ، أو إذا أودعه خزانة المحكمة .

على أن القول بأن الحائز لم يتجرد من الملكية أبدا ، وأنه يعتبر مالكا بمقتضى سند الملكية الأصلى ، يفضى إلى نتائج هامة نلخصها على النحو الآتى :—

١ - لا يلتزم الحائز بتسجيل حكم مرسى المزاد، حتى تثبت له ملكية العقار. وفى هذا المعنى تنص المادة ٦٨٨ من تقنين المرافعات على أنه « إذا رسا مزاد العقار على الحائز لا يكون تسجيل حكم مرسى المزاد واجبا ، ويؤشر بالحكم فى هامش تسجيل السند الذى تملك بمقتضاه العقار أصلا ، وفى هامش تسجيل إنذار الحائز » .

ظاهر من نص هذه المادة أن الاجراء الذى تتطلبه قصد به فقط تمكين الغير من العلم بأن طرح العقار للبيع بالمزاد ، أسفر عن تدعيم ملكية الحائز له .

٢ - إذا زاد الثمن الذى رسا به المزاد على ماهو مستحق للدائنين المقيدة حقوقهم . كانت الزيادة للحائز ، وذلك باعتبار أنه مالك العقار (م ١٠٧٧ مدنى) ولا يستطيع المالك السابق أن يدعى حقاً على هذه الزيادة .

٣ - تظل نافذة كافة الحقوق العينية التى قررها الحائز فى الفترة بين اكتسابه ملكية العقار بمقتضى السند الأصلى ، وبين رسو المزاد عليه ، مثال ذلك أن يقرر للغير حق انتفاع أو ارتفاق . وكذلك أيضا يسرى حق الرهن الذى اكتسبه أحد دائنيه ، وللدائن المرتهن أن يستوفى دينه مما تبقى من ثمن العقار بعد استيفاء ديون أصحاب المراتب الأولى .

كل هذه النتائج المتقدمة تجمعها فكرة واحدة قوامها أن رسو المزاد على الحائز يؤكد سند ملكيته الأصلى ، ويزيل عنه القلق .

رسو المزاد على غير الحائز : إذا رسا المزاد على غير الحائز وسجل حكم مرسى المزاد ، انتقلت الملكية إلى الراسى عليه المزاد .

ويعتبر الراسى عليه المزاد خلفاً خاصاً للحائز ، بمعنى أنه يتلقى عنه ملكية العقار . وقد جاء التقنين المدنى الجديد فحسم خلافاً قديماً بنص قاطع جاء فيه « إذا رسا المزاد على شخص آخر غير الحائز ، فإن هذا الشخص الآخر يتلقى حقه عن الحائز بمقتضى حكم مرسى المزاد » (م ١٠٧٦) .

يستفاد من حكم هذه المادة أن بائع العقار فى هذه الصورة هو الحائز ، وأن سند ملكية الراسى عليه المزاد ، هو حكم مرسى المزاد . هذا السند لاينقل الملكية بين المشترى والبائع ، ولا بالنسبة إلى الغير إلا منذ تاريخ تسجيله ، وذلك وفقاً لأحكام المادة ٩ من قانون تنظيم الشهر العقارى(١) .

ويترتب على أن الحائز هو الذى ينقل الملكية إلى الراسى عليه المزاد النتائج الآتية : —

١ — إذا استوفى الدائنون أصحاب الحقوق المقيدة ديونهم من الثمن وتبقى جزءا منه ، تخلص هذه الزيادة للحائز وحده باعتباره كان مالكا للعقار المبيع وهو بائعه (م ١٠٧٧ مدنى) .

٢ — الأصل فى حكم مرسى المزاد المسجل أنه ينقل ملكية العقار إلى الراسى عليه المزاد بالحالة التى كانت لدى الحائز . وعلى هذا النحو لا ينقل إليـه سوى ما كان للحائز من حقوق فى العقار المبيع (م ٦٨٧ مرافعات) .

على أنه يترتب على تسجيل حكم مرسى المزاد تطهير العقار المبيع من الحقوق العينية التبعية التى أعلن أصحابها بايداع قائمة شروط البيع (وفقاً للمادة ٦٣٢ مرافعات) ، وأخبروا بجلسة البيع (وفقاً للمادة ٦٥٧ مرافعات) وعندئذ يبقى لأصحاب هذه الحقوق حقهم على الثمن فقط .

أما بالنسبة للحقوق العينية الأصلية فالأمر يحتاج إلى إيضاح . فاذا باع الحائز العقار أو قرر عليه حق انتفاع ، فإن مثل هذه التصرفات تجعل المالك الجديد أو صاحب حق الانتفاع فى مركز الحائز . ويتعين عندئذ على الدائن المرتهن أن يباشر التتبع فى مواجهة الحائز الجديد ويوجه اليه انذار الدفع أو التخلية . على أن الدائن لا يتخذ هذا الاجراء إلا إذا كان حق الحائز قد تم شهره وفقاً

---

(١) راجع عبد الباسط جميعى مذكرات فى التنفيذ جـ ١ موجز فى الحجوز ص ١٣٢ وهو يقرر « أن حكم مرسى المزاد هو حكم فى الصورة والشكل ولكنه فى طبيعته من حيث موضوعه لا يعدو أن يكون عقد بيع (وإن كان بيعا جبريا) ينعقد ما بين المدين والحائز المنزوعة ملكيته — بصفته بائعا — ، والراسى عليه المزاد باعتباره مشتريا » .

للقانون قبل تسجيل تنبيه نزع الملكية . أما إذا أجرى الشهر بعد تسجيل التنبيه . فهنا يحق للدائن أن يتجاهل المالك الجديد أو صاحب حق الانتفاع ، وأن يقنع بمباشرة اجراءات التنفيذ فى مواجهة الحائز الأصلى .

أخيرا يلاحظ أن حقوق الارتفاق التى يقررها الحائز على العقار المرهون تبقى نافذة فى حق الراسى عليه المزاد ، وذلك إعمالا للمبدأ الذى يقضى بأن الشخص لا يستطيع أن ينقل إلى سواه من الحقوق أكثر مما يملك(١) . ويراعى فى هذا الحكم أن تصرف الحائز الذى يتقرر بموجبه الحق العينى الأصلى لا ينفذ فى حق الراسى عليه المزاد إلا إذا كان مسجلا قبل تسجيل تنبيه نزع الملكية (٢) .

٣ - يترتب على زوال ملكية العقار عن الحائز وانتقالها إلى الراسى عليه المزاد أن تبعث الحياة من جديد فى كافة الحقوق العينية التى كانت مقررة له على العقار قبل أن يكتسب ملكيته . وفى هذا المعنى تنص المادة ١٠٧٨ على أنه يعود للحائز ما كان له قبل انتقال ملكية العقار إليه من حقوق ارتفاق وحقوق عينية أخرى » .

وقد وضعت هذه المادة حكما يخرج عن القواعد العامة فى حقوق الارتفاق . ذلك أن نص المادة ١٠٢٦ يقضى بانتهاء حق الارتفاق باجتماع العقارين فى يد مالك واحد ، إلا أنه إذا زالت حالة الاجتماع هذه زوالا يرجع أثره إلى الماضى فإن حق الارتفاق يعود .

فإذا كان الحائز مالكا لعقار له حق ارتفاق على العقار المرهون قبل أن يصبح مالكا له ، فالمفروض أن يزول حق الارتفاق عندما تؤول إليه ملكية العقار المرهون . وزوال حق الارتفاق على النحو المتقدم ينبغى أن يكون نهائيا بحيث تنتقل ملكية العقار إلى الراسى عليه المزاد خالية منه . وذلك أن حكم

---

(١) انظر احمد ابو الوفا اجراءات التنفيذ فقرة ١٩٥ ، ٣٦٩ - عبد الباسط جميعى المرجع السابق ص ١٣٢ .

(٢) راجع ما تقدم فقرة ١١٠ أثر الرهن على سلطة الحائز فى التصرف فى العقار المرهون .

مرس المزاد المسجل ينقل الملكية إلى المشترى . وهو لا يترتب عليه زوال السند الذى اكتسب بمقتضاه الحائز ملكية العقار المرهون . وعندئذ لا يجوز القول بعودة حق الارتفاق الزائل . اذ المفروض فى هذه العودة أنها لا تتحقق وفقاً لنص المادة ١٠٢٦ ، إلا إذا كان اجتماع العقارين فى يد مالك واحد قد زال بأثر يرجع إلى الماضى .

على أن المشرع فى المادة ١٠٧٨ ، خروجا على القواعد المتقدمة ، قرر أن يعود للحائز ما كان له قبل انتقال ملكية العقار إليه من حقوق ارتفاق .

ويستعين الفقه الفرنسى على تعليل هذا الاستثناء بفكرة الاثراء بلا سبب . فالمفروض أن للحائز الرجوع على الدائن المرتهن ، وفقاً لأحكام الاثراء بلا سبب ، بالتعويض عن أكل تحسين أو انشاء يطرأ بفعل الحائز على العقار المرهون . ويعتبر من قبيل التحسين زوال حق الارتفاق الذى كان مقررا له على العقار المرهون ، إذ أنه يفضى إلى زيادة قيمة العقار . ولئن كان التعويض هو الحكم المألوف لارضاء المفتقر فى أحكام الاثراء ، فإنه فى مثل هذه الحالة يبدو من الأوفق الاستغناء عنه والاكتفاء بتقرير عودة حق الارتفاق لصالح الحائز عند رسو المزاد على غيره . ويتميز هذا الحل بأنه يرضى جميع الأطراف ويصفى كافة العلاقات فيما بينهم على نحو مبسط . وفضلا عن ذلك فهو يستقيم مع طبيعة انقضاء حق الارتفاق . فهو لا يعتبر زوالا للحق بالمعنى الصحيح ، بقدر ماهو أثر حتمى للعقبة التى تعوق مباشرته نتيجة لاتحاد شخص مالك العقار الخادم والمخدوم (١) .

وقد استقر الفقه الفرنسى على تطبيق الحكم المتقدم ، رغم تخلف النص ، على حق الارتفاق الذى يكون مقررا لصالح العقار المرهون على عقار مملوك

---

(١) بلانيول وريبير وبيكيه ج ١٢ فقرة ١١٦٠ - بودان وفواران ج ١٤ فقرة ١١٨٢ - جارسونيه وسيزار برو فقرة ٣٢٨ .

للحائز ، وينقضى باتحاد الذمة بتملك الحائز المرهون . فإن هذا الارتفاق يبعث من جديد قياسا على حكم المادة ١٠٧٨ ، عند رسو المزاد على غير الحائز (١)

ولا ينطبق حكم المادة ١٠٧٨ على حقوق الارتفاق فقط ، بل هو يشمل كافة الحقوق العينية الأخرى التى كانت للحائز على العقار المرهون قبل أن يصبح مالكا له .

فإذا كان للحائز حق انتفاع على العقار المرهون وانقضى لاكتسابه ملكية الرقبة ، فإن هذا الحق يعود إلى الظهور مرة أخرى برسو المزاد على شخص آخر .

وأخيرا إذا كان للحائز رهن أو امتياز أو اختصاص وانقضى بتملكه العقار الذى تقرر عليه ، فإن هذا الحق ايضا يظهر مرة أخرى ، ولكنه لا يعود إلا بمرتبته القديمة . والغالب من الأمر ندرة وقوع هذا الفرض ، حيث يكون الحق قد تخلف فيه عنصر الشهر لعدم تجديد القيد أو شطبه . وأيا كان الأمر فإن حق الحائز هنا لا يتعلق بالعقار ذاته . إذ تنتقل الملكية إلى الراسى عليه المزاد مطهرة من الحقوق العينية التبعية . وإنما يستطيع استيفاء دينه من الثمن وفقا للمرتبة التى يخولها له تاريخ القيد .

١١٩ - بعض علاقات قانونية بين الحائز وغيره - رجوعه بما دفعه - احالة :

تثور علاقات قانونية بين حائز العقار المرهون وبين أشخاص متعددين نتيجة الشروع فى التنفيذ على العقار وطرحه للبيع بالمزاد . وقد أشرنا من قبل إلى أغلب الأحكام التى تنظم هذه العلاقات ولذا نكتفى الآن بعرضها والإحالة إلى ما سبق بيانه .

---

(١) بلانيول وريبير وبيكيه ج ١٣ فقرة ١١٦٢ و بيدان وفوراران ج ١٤ص ٥٦٥ هامش ٢ .

١ - **علاقة الحائز بالدائن المرتهن** : بينا فى دراسة سابقة أن ثمار (١) العقار تلتحق به فتأخذ حكمه منذ اعلان الحائز بانذار الدفع أو التخلية . ولكن يلاحظ فى هذا الصدد أن أثر الإنذار فى إلحاق الثمار بالعقار يسقط بترك إجراءات التنفيذ مدة ثلاث سنوات . ويقع هذا السقوط بقوة القانون . ويترتب عليه أن تصير الثمار حقاً خالصا للحائز . ولابد لإلحاقها بالعقار مرة أخرى توجيه إنذار آخر اليه (م ١٠٧٩ مدنى) . وهذا الحكم انفرد بتقريره التقنين المدنى فلم يرد له صدى فى تقنين المرافعات . وذلك لا يمنع من وجوب الأخذ به ، باعتبار أنه يضع قيدا على إطلاق القاعدة التى تقرر تعلق حق الدائنين بالثمار فى مواجهة الحائز منذ تاريخ إنذاره .

والأصل فى حق الملكية أن المالك لا يسأل عما يصيب عقاره من هلاك أو تلف . ولكن المشرع قدر هنا أن العقار قد تعلقت به حقوق الغير . ولهذا عقد مسئولية الحائز إذا تسبب فى هلاكه أو تلفه بخطئه ، وهو ما أفصحت عنه المادة ١٠٨١ من التقنين المدنى . وليس هذا الحكم سوى مجرد تطبيق للمبدأ الذى قدمناه وهو أن حق مالك العقار المرهون يتقيد من حيث مضمونه بوجوب عدم الإضرار بالدائن المرتهن .

٢ - **علاقة الحائز بالراسى عليه المزاد** : الفكرة الرئيسية التى تحكم هذه العلاقة سبق بيانها . وقوامها أن المشرع اعتبر الحائز بائعا للعقار ، وأن الراسى عليه المزاد يتلقى عنه الملكية . وقد فصلنا النتائج المترتبة على هذا التصوير ، وأخصها أن الحائز يختص بالزيادة التى تتبقى من الثمن بعد استيفاء حقوق الدائنين ، وأن الحقوق العينية التى يكون قررها من قبل تسرى فى مواجهة الراسى عليه المزاد ، بشرط أن يكون قد تم شهرها قبل تسجيل تنبيه نزع الملكية (٢) .

---

(١) راجع ما تقدم فقرة ١١٨ ص ٣٦٤ .

(٢) راجع ما تقدم فقرة ١١٠ ص ٣٢٢

أخيرا نشير إلى حكم يتصل بالمصروفات التى انفقها الحائز منذ اكتسابه ملكية العقار حتى رسو مزاده على الغير . وقد جاء هذا الحكم بشأن التطهير ، ولكن الحكمة من تقريره تقتضى تعميم آثاره . ونعنى بذلك ما تنص عليه الفقرة الثانية من المادة ١٠٦٩ بقولها « ويلتزم الراسى عليه المزاد أن يرد إلى الحائز الذى نزعت ملكيته المصروفات التى أنفقها فى سند ملكيته . وفى تسجيل هذا السند ، وفيما قام به من إعلانات وذلك إلى جانب التزاماته بالثمن الذى رسا به المزاد وبالمصروفات التى اقتضتها اجراءات التطهير . »

مفاد هذا الحكم أن الراسى عليه المزاد ملزم بأن يرد للحائز ما أنفقه فى سبيل تملك العقار ، كمصاريف العقد وتسجيله . وكذلك يرد له أيضا ما أنفقه فى محاولة تطهير العقار بطريقة ودية ، أو ما صرفه فى سبيل تخليته .

٣ - علاقة الحائز بالمالك السابق للعقار : فى الغالب من الأمر أن يكون المالك السابق للعقار هو المدين نفسه . ولكن ليس ثمة ما يمنع من أن يكون المالك السابق شخصا غير المدين ، مثل الكفيل العينى أو مشترى العقار من المدين.

وأيا من كان شخص المالك السابق ، فقد هيأ المشرع للحائز سبيل الرجوع عليه ، مؤسسا هذا الرجوع على دعوى الضمان التى تتقرر للخلف الخاص فى مواجهة السلف (الفقرة الأولى من المادة ١٠٨٠) . وتختلف أحكام هذه الدعوى حسب ما إذا كان قد تلقى الملكية معاوضة أو على سبيل التبرع . وقد بينا فى دراسة سابقة أثر هذا الاختلاف (١) . وأشرنا بصفة خاصة إلى أن الواهب لا يسأل أصلا عن الضمان ، إلا إذا تعمد اخفاء سبب الاستحقاق ، أو كان هناك اتفاق على غير ذلك ، أو كانت الهبة بعوض .

٤ - علاقة الحائز بالمدين : وقد سبق تفصيلها فى دراسة قضاء الديون (٢)

---

(١) أنظر ما تقدم فقرة ١١٤ بشأن دعوى الضمان .

(٢) راجع ماسبق فقرة ١١٤ بشأن رجوع الحائز على المدين .

وتنبغي الإشارة هنا إلى أن هذا الرجوع تتعدد أسبابه . فهو يتضمن كل مبلغ اضطر الحائز إلى أدائه مجاوزا ما كان مستحقا فى ذمته بمقتضى سند ملكيته . ويتحقق ذلك إذا قام بسداد الديون ، أو دفع مبلغا تقديريا فى التطهير الاختيارى أو اشترك فى مزاد العقار ورسا عليه بمبلغ يزيد على ما هو مستحق فى ذمته واختص الدائنون به .

تتعدد الأدوات القانونية لتيسير رجوع الحائز. فله أولا أن يستخدم الدعوى الشخصية المؤسسة على الإثراء بلا سبب ، ويقتصر الرجوع فى حدود مادفعه الحائز زائدا على ماهو مستحق فى ذمته .

كما أجاز المشرع أيضا ، وكما سبق البيان ، للحائز أن يستعين بدعوى الحلول محل الدائنين الذين وفاهم حقوقهم (الفقرة الثانية من المادة ١٠٨٠) وقد بينا فى هذا الصدد أن ذلك الحلول قاصر . فهو لا يتناول الاستفادة من التأمينات التى كانت مقدمة من شخص غير المدين. كما أنه يخضع لحكم خاص بالنسبة إلى تعدد الحائزين لعقارات مرهونة لضمان الوفاء بنفس الدين . وقد وضعت المادة ٣٣١ مبدأ الرجوع هنا ، فنصت على أنه « إذا وفى حائز العقار المرهون كل الدين ، وحل محل الدائنين ، فلا يكون له بمقتضى هذا الحلول أن يرجع على حائز لعقار آخر مرهون فى ذات الدين إلا بقدر حصة هذا الحائز بحسب قيمة ما حازه من عقار (١) .

---

(١) راجع أيضا ما سبق فقرة ١١٤ .

المطلب الثالث

انقضاء التتبع

١٢٠ — الأحوال التى قد ينقضى فيها التتبع وحده ؛ وتبقى الأفضلية على المقابل النقدى للعقار :

اتضح لنا من دراستنا المتقدمة أن التتبع سلطة خولها المشرع للدائن المرتهن ليكفل له مباشرة الأفضلية على أوسع نطاق . وعلى هذا النحو أجاز له التنفيذ على العقار المرهون تحت يد حائزه .

والغالب من الأمر أن يترتب على انقضاء التتبع زوال الرهن أيضا . ولكن هناك بعض الأحوال يتصور بشأنها أن يحرم الدائن من مباشرة التتبع . وتبقى الأفضلية قائمة : —

١ — يعرض ذلك أولا فى كافة الصور التى يهلك فيها العقار المرهون ؛ ويستحق عنه مقابل نقدى ، كعوض التأمين أو مبلغ التعويض . هنا ينقضى التتبع لاستحالة مباشرته . ويتعلق حق الدائن المرتهن بالمقابل النقدى يستوفى منه دينه حسب المرتبة التى يخولها له قيد الرهن . .

٢ — ويتوافر انقضاء التتبع أيضا إذا نزعت ملكية العقار للمنفعة العامة ، فهنا يمتنع على الدائن تعقب العقار فى مواجهة الجهة الحكومية التى باشرت اجراءات نزع الملكية ويستقر حقه على التعويض الذى يدفع فى هذا الشأن .

٣ — إذا قام الحائز بسداد جميع الديون التى يضمنها العقار المرهون ، خلصت له ملكية العقار محررة من الحقوق العينية التى تثقله ، وانقضى بالتالى حق التتبع بطبيعة الحال . ولكن الأفضلية قد تظل قائمة إذا أودع الحائز هذه الديون فى خزانة المحكمة توطئة لتوزيعها بين الدائنين .

٤ ــ كذلك يكون الحال أيضا فى تطهير العقار ، إذا عرض الحائز المبلغ التقديرى ولم يعارض فيه أحد ، ثم أودعه فى خزانة المحكمة . حينئذ يحق لكل دائن صاحب حق مقيد ممن وجهت إليهم الإعلانات ، أن يباشر الأفضلية على هذا المبلغ ، ولكن يمتنع عليه تتبع العقار .

ويصدق الحكم المتقدم فى كل الصور التى يودع فيها الحائز ثمن بيع العقار بالمزاد ، فى خزانة المحكمة . ويتحقق ذلك إذا مارسا عليه المزاد ، سواء كان نتيجة لرفض الدائنين المبلغ التقديرى المعروض عليهم ، أو بعد تخلية العقار أو تحمل اجراءات نزع الملكية .

الفصل الثالث

زوال الرهن الرسمى

١٢١ - أسباب زوال الرهن الرسمى :

التأمينات بصفة عامة . ومنها الرهن الرسمى ، نظم قانونية تابعة . والدافإن الحق الذى ينشأ عن الرهن يزول إما بصفة تبعية ، وذلك بانقضاء الدين الذى يضمنه . وقد يزول أيضاً بصفة أصلية لأسباب تتوافر فى الرهن نفسه .

وقد خصص التقنين المدنى الجديد المواد ١٠٨٢ وما بعدها لانقضاء الرهن الرسمى . فعنى بتقرير تبعية زوال الرهن إذا ما انقضى الالتزام المضمون . ثم اكتفى من أسباب الزوال الأصلى ببيان آثار التطهير . سواء تم اختياراً أو بعد بيع العقار بالطريقة الجبرية . ولو تأملنا فى هذه الصورة أيضاً ، لتبين لنا أنها قد تكون صدى لتبعية الرهن . إذا تيسر للدائن المرتهن أن يستوفى دينه من المبلغ التقديرى الذى يعرضه الحائز فى التطهير الاختيارى ، أو من الثمن الذى يرسو به المزاد فى حالة البيع الجبرى . على أن صفة الزوال الأصلى تبرز فى حالة ما إذا كانت مرتبة الدائن لا تخول له الحصول على جزء من المبلغ المعروض أو ثمن بيع العقار . عندئذ يتطهر العقار من الرهن ، ويزول بصفة أصلية رغم بقاء الدين مستحقاً فى ذمة المدين .

ليست الصورة السابقة هى الوحيدة التى تزيل الرهن بصفة أصلية ، بل قد يترتب هذا الأثر فى صور أخرى نعنى ببيانها فى موضعها .

وعلى هذا النحو نتناول فى هذا الفصل دراسة مبحثين . نخصص الأول لزوال الرهن الرسمى بصفة تبعية ، ونعالج فى الثانى زواله بصفة أصلية .

المبحث الأول

زوال الرهن الرسمى بصفة تبعية

١٢٢ — المبدأ العام - بحث خاص ببعض أسباب انقضاء الالتزام :

نصت المادة ١٠٨٢ من التقنين المدنى على ما يأتى « ينقضى حق الرهن الرسمى بانقضاء الدين المضمون ، ويعود معه إذا زال السبب الذى انقضى به الدين ، دون إخلال بالحقوق التى يكون الغير حسن النية قد كسبها فى الفترة ما بين انقضاء الحق وعودته » .

ليست هذه المادة سوى صدى لمبدأ عام أخذ به المشرع فى الفقرة الأولى من المادة ١٠٤٢ التى تقرر « لا ينفصل الرهن عن الدين المضمون ، بل يكون تابعاً له فى صحته وفى انقضائه ، مالم ينص القانون على غير ذلك » (١)

المبدأ العام الذى يستفاد من النصوص المتقدمة أن الرهن الرسمى يزول إذا انقضى الالتزام الذى يضمنه ، أيا ما كان سبب هذا الانقضاء ، على أن هذا المبدأ يحتاج إلى تفصيل بالنسبة إلى بعض أسباب انقضاء الالتزام .

وقبل أن نعالج هذه الصور ، تنبغى الإشارة إلى فكرة أساسية تتصل بالانقضاء الجزئى للالتزام المضمون . فهو لا يؤثر على بقاء الرهن ، بل يظل قائماً يضمن ماتبقى من الالتزام حتى ينقضى بأكمله . وليس هذا سوى تطبيق لمبدأ عدم تجزئة الرهن الذى سبق لنا دراسته (٢) . على أن هذا المبدأ لا يقرر حكما آمراً ، ولذا يجوز الاتفاق على خلافه ، بتحرير جزء من العقار من الرهن كلما انقضى جزء من الالتزام .

---

(١) راجع ما تقدم ص ٧٣ وما بعدها .

(٢) راجع ما تقدم ص ٧٧ وما بعدها .

وقد استجاب المشرع من ناحية أخرى لمبدأ التبعية المتقدم ، فقرر أن ظهور الالتزام من جديد لزوال سبب انقضائه ، يبعث الحياة مرة أخرى فى الرهن الذى كان يضمنه . مثال ذلك أن يتم الوفاء أو الإبراء من غير ذى أهلية لإجرائه ، فيقضى بإبطاله . حينئذ يسترد الالتزام وجوده ، ويبقى الرهن ضامناً له . على أن هذه العودة اللاحقة لا ينبغى أن تضر بحقوق شخص حسن النية ، اعتمد على انقضاء الالتزام واعتقد فى زوال الرهن . وعلى هذا النحو إذا تقرر على العقار حقوق عينية فى الفترة بين زوال الرهن وعودته ، وتم شهرها وفقاً لما يتطلبه القانون ، جاز لأصحابها الاحتجاج بها فى مواجهة الدائن المرتهن . وليس هذا الحكم سوى تعبير عن اتجاه المشرع فى التقنين المدنى الجديد الى حماية حسن النية والثقة المشروعة .

على ضوء المبادىء المتقدمة نعالج بعض أسباب انقضاء الالتزام ، وأثرها على زوال الرهن ، ومنها يظهر لنا أن المشرع استجاب فى غالب الأحوال ، إلى التصوير الذى ارتضاه للتأمينات على أنها نظم قانونية تابعة .

١٢٣ - الوفاء مع الحلول :

بينا فى مواضع متفرقة من دراسة الرهن الرسمى أن من حل قانوناً أو اتفاقاً محل الدائن كان له حقه ، بما يكفل هذا الحق من تأمينات (م ٣٢٩ من التقنين المدنى) . وقد أورد المشرع تطبيقاً خاصا لهذا الحلول بالنسبة إلى حائز العقار المرهون ، فحرمه من التأمينات المقدمة من غير المدين ، وجعل رجوعه قاصراً بالنسبة إلى حائز لعقار آخر تقرر عليه رهن لضمان الوفاء بنفس الدين (١) .

الأصل فى الوفاء أنه يترتب عليه انقضاء الالتزام ، ومن ثم ينبغى القول إذن بزوال التأمينات التى تكفله ومن بينها الرهن .

---

(١) راجع ماتقدم ص ٧٥ ، وبصفة خاصة فقرة ١١٤ بشأن دعوى حلول الحائز الذى يفى بالدين محل الدائن . انظر أيضا بلانيول وريبير وبيكيه ج ١٣ فقرة ١٣١٦ .

ولكن المشرع حكم بغير ذلك إذا اقترن الوفاء بحلول اتفاقى أو قانونى . عندئذ يزود الدائن الموفى فى رجوعه على المدين بكافة التأمينات التى تضمن الوفاء بالالتزام .

يبدو من هذا الحكم أنه خروج عن مبدأ التبعية لأن الرهن يبقى ، والالتزام ينقضى بالوفاء . ولكن الواقع أن الوفاء مع الحلول أداة قانونية مركبة ، اقتضت من المشرع أن يجرده من آثار الوفاء البسيط لما يتميز به من طبيعة خاصة . فالدائن الموفى إذ يقبل على أداء الالتزام يعنى لإنهاء الرابطة بين المدين والدائن الأصلى ، ولكنه يحرص على احتلال مركز ذلك الدائن على نحو يؤمن له رجوعه على المدين . ومن ثم يكون الحلول معاصراً للوفاء ، بحيث يمكن القول إن بقاء التأمينات يتضمن استجابة لفكرة التبعية .

١٢٤ ـ التجديد :

يترتب على التجديد أثر مزدوج ، فهو يفضى إلى انقضاء الالتزام القديم ، وإنشاء التزام جديد مكانه . والتجديد قد ينصرف إلى أطراف الرابطة القانونية فيغير شخص الدائن أو المدين ، وقد ينصب على محل الالتزام فيلزم المدين بأداء آخر غير الذى تعهد به أصلا ، أو يلحق مصدر هذه الرابطة كأن يستبقى مثلا دين الأجرة على سبيل القرض .

وأيا ما كانت صورة التجديد ، فالأثر المترتب عليه هو انقضاء التأمينات التى كانت تكفل تنفيذ الالتزام القديم ، إلا إذا نص القانون على غير ذلك ، أو انصرفت نية المتعاقدين إلى نقل التأمينات لضمان الوفاء بالالتزام الجديد (م ٣٥٦ / ٢ مدنى) .

الأصل إذن هو الاستجابة إلى مبدأ التبعية فيزول الرهن بتجديد الالتزام. ولكن هذا الأصل يلحقه الاستثناء حيث يرد نص فى القانون يبقى على التأمينات رغم وقوع التجديد . من ذلك ما جاء فى الفقرة الثانية من المادة ٣٥٥ التى

تقضى بأنه « لا يكون تجديدا مجرد تقييد الالتزام فى حساب جار وإنما يتجدد الالتزام إذا قطع رصيد الحساب وتم إقراره على أنه إذا كان الالتزام مكفولا بتأمين خاص ، فإن هذا التأمين يبقى ما لم يتفق على غير ذلك » (١)

كذلك أيضا أجاز المشرع الاتفاق على نقل التأمينات التى كانت تكفل الوفاء بالالتزام القديم لضمان تنفيذ الالتزام. وجاء النص على حكم مثل هذا الاتفاق فى المادة ٣٥٧، ٣٥٨ . وفى هذا الشأن تجب التفرقة بين التأمينات العينية التى يقدمها المدين نفسه كالرهن ، وبين التأمينات العينية أو الشخصية التى يقدمها الغير كالكفالة العينية أو الشخصية أو التضامن . وسنعنى فيما يلى بدراسة

---

(١) راجع ما تقدم فى دراسة الحساب الجارى فقرة ٩٧ . وانظر ايضا على جمال الدين عوض « عمليات البنوك من الوجهة القانونية » فقرة ١٦٢ .

يستفاد من هذا النص أن مجرد تقييد الالتزام فى حساب جار لايكون تجديدا لهذا الالتزام. وعلة ذلك أن التجديد يقتضى حلول التزام جديد محل التزام قديم . ومجرد ادراج الالتزام فى الحساب الجارى قبل قطع رصيد الحساب لا ينشىء التزاما جديدا حتى يقال إنه حل محل الالتزام المقيد .

ولئن كان الالتزام المدرج فى الحساب الجارى لا ينقضى بالتجديد ، فهو يفقد ذاتيته ويفنى فى الكيان الخاص للحساب الجارى . وهو يتميز فى مرحلة التقييد بأنه لا يرتب حقا أو التزاما فالحساب مادام جاريا لا تثبت فيه مديونية محققه ولا دائنية محققه . بل إن الحق لا ينشأ ، وبالتالى المطالبة به لا تجوز إلا عند إغلاق الحساب واستخلاص الرصيد وإقراره .

وبذلك يمكن القول أن الالتزام الذى يدرج فى الحساب الجارى ينقضى دون أن يتم تجديده ، والذى يمثله فى الحساب هو عنصر حسابى يشير إلى تقييده فى جانب المديونية أو الدائنية . ويبقى هذا العنصر قائما فى الكيان الخاص للحساب الجارى فى الفترة الواقعة بين انقضاء الالتزام بتقييده ، وحصول التجديد بقطع الرصيد وإقراره .

وكان ينبغى القول إذا كان الالتزام مضمونا بتأمين خاص كالرهن ، بزوال هذا التأمين تبعا لانقضاء الالتزام وبمجرد تقييده . ولكن نص المادة ٣٥٥ صريح فى بقاء التأمين ضامنا للالتزام المتخلف عن قطع الرصيد وإقراره ، على أن للأفراد الاتفاق على غير ذلك ، إما فى عقد الحساب ذاته ، وعندئذ يشمل كافة الالتزامات المضمونة التى يتم ادراجها فيه ، وإما بالنسبة لدين معين بالذات .

راجع فى هذا الشأن استاذنا السنهورى الوسيط جـ ٢ فقرة ٤٩٨ — على جمال الدين عوض المرجع السابق فقرة ١٦٢ وما بعدها .

كل فرض على انفراد ، مع إطلاق القول على التأمينات بصفة عامة (١) ، وهو ما يصدق ايضا بطبيعة الحال على الرهن بصفة خاصة .

١ ـ التأمينات العينية التى يقدمها المدين : الأصل فى هذه التأمينات هو وجوب زوالها تبعا لانقضاء الالتزام الذى تضمنه بالتجديد . ولكن المشرع أجاز الاتفاق على نقلها لضمان الالتزام الجديد ، مع بقاء المرتبة القديمة التى كانت مقررة لها وفقاً لأحكام الشهر. وقد راعى المشرع فى جواز انتقال التأمين بهذه المثابة مصلحة الدائن بصفة خاصة . إذ يبقى الضمان الخاص المقدم من المدين قائما بمرتبته الأولى . ولعل مثل هذا الحكم هو الذى يغرى الدائن بالرضاء بالتجديد . ولا يجوز للمدين أن يتذمر من هذا الانتقال ، فهو لا يضيف عليه تكليفا جديدا ، فهو الذى قرر أصلا الضمان الخاص للدائن . أما الغير فقد تكفل المشرع بحمايته ، فقضى فى المادة ٣/٣٥٧ ، بأن الاتفاق على نقل التأمينات العينية لا ينفذ فى حق الغير إلا إذا تم فى تاريخ معاصر لوقوع التجديد. وعلى هذا النحو يلزم لنفاذه أن يرد فى ورقة ثابتة التاريخ ، حتى يتحقق الغير من أن نقل التأمين لم يقع فى تاريخ لاحق على التجديد. ويجب طبقاً لأحكام قانون تنظيم الشهر العقارى التأشير فى هامش قيد التأمين العينى العقارى بما يفيد التجديد وانتقال التأمين .

كما روعى أيضا فى التجديد بتغيير الدين عدم جواز الاضرار بالغير بسبب انتقال التأمين (م ١/٣٥٧ ب) . وبذلك لا يجوز أن يضمن التأمين من الالتزام الجديد إلا بقدر الالتزام القديم . فإذا كان الالتزام الجديد أكبر قيمة

---

(١) وغنى عن البيان أن المقصود بالتأمينات المقدمة من المدين هى الضمانات الخاصة الاتفاقية ، وهى لاتصدق إلا على الرهن بنوعيه الرسمى والحيازى . أما حقوق الامتياز فهى احتكار من جانب المشرع لا يجوز لارادة الأفراد الاتفاق على نقلها من دين إلى آخر . وكذلك ايضا لا يصح الاتفاق على نقل الاختصاص ، فهو تأمين قضائى ينفرد القاضى بتقريره بتوافر شروط خاصة. وهو مأخوذ به فى حدود ضيقة فى التشريع المصرى ، بحيث ينبغى استبعاده من نطاق تطبيق المادة ٣٠٧ التى تقتصر على التأمينات العينية المقدمة من المدين . راجع السنهورى الوسيط جـ ٢ فقرة ٥٩٦ .

من الالتزام الزائل ، وضمن التأمين الالتزام الجديد كله ، لترتب على ذلك الاضرار بدائن آخر صاحب مرتبة متأخرة على التأمين ذاته . إذ يفاجأ بزيادة فى قدر الالتزام المضمون الذى يحتل مرتبة سابقة عليه (١) .

أما عن طريقة الاتفاق على نقل التأمينات من الالتزام القديم إلى الالتزام الجديد فذلك يختلف باختلاف صور التجديد (م ٣٥٧ مدنى). فاذا كان التجديد بتغيير الدين ، فهنا يجوز للدائن والمدين الاتفاق على انتقال التأمينات للالتزام الجديد فى الحدود التى لا تلحق ضررا بالغير ، على النحو السابق بيانه .

وإذا كان التجديد بتغيير المدين ، فهنا يحق للدائن والمدين الجديد الاتفاق على استبقاء التأمين الاتفاقى المقدم من المدين القديم دون حاجه إلى رضائه . ويلاحظ أن هذا المدين يصبح بهذه المثابة فى مركز الكفيل العينى .

وأخيرا إذا كان التجديد بتغيير شخص الدائن ، فهنا يصح الاتفاق إذا تراضى المدين ودائنه القديم والجديد على الاحتفاظ بالتأمين .

٢ ـ التأمينات الشخصية والعينية المقدمة من الغير : والغير قد يكون كفيلا عينيا أو كفيلا شخصيا أو مدينا متضامنا كما مضت الاشارة .

وفى كافة الأحوال المتقدمة لا يصح الاتفاق على نقل التأمين إلا إذا كان برضاء الغير الذى يكفل الوفاء بالالتزام شخصيا أو فى نطاق المال الذى تقرر عليه الضمان (٢) .

---

(١) فإذا كان الدين القديم قدره ٢٠٠٠ جنيه مثلا وكان مضمونا برهن على عقار قيمته ٣٠٠٠ جنيه ثم جدد الدين الأول وكان مقدار الدين الجديد ٣٠٠٠ جنيه فإن الاتفاق على نقل الرهن لا يتجاوز مبلغ الدين القديم ، إذا كان العقار مرهونا لدائن آخر لضمان الوفاء بمبلغ ١٠٠٠ جنيه والقول بغير ذلك يفضى إلى الاضرار بالدائن المرتهن الثانى .

(٢) انظر فى تفصيل هذا الحكم السنهورى الوسيط جـ ٢ فقرة ٥٠٨ .

١٢٥ — الوفاء بمقابل :

تنص المادة ٣٥٠ من التقنين المدنى على أنه إذا قبل الدائن فى استيفاء حقه مقابلا استعاض به عن الشيء المستحق قام هذا مقام الوفاء . مثال ذلك أن يكون المدين ملتزماً بدفع مبلغ من النقود ، فيقدم بدلا منه شيئاً معيناً ينقل ملكيته للدائن ؛ وتسمى هذه الصورة للانقضاء بالاعتياض ، لأن الدائن يستعيض عن الأداء الأصلى بأداء آخر يقدمه المدين .

ويذهب جمهور الشراح (١) إلى تصوير هذا الانقضاء ، على أنه أداة قانونية مركبة ، تتضمن تجديداً للالتزام بتغير محله . ولكنها تتميز عن التجديد العادى بأنها تقترن بوفاء عاجل للالتزام الجديد .

وتظهر أهمية هذا التصوير فى الحالة التى يستحق فيها المقابل الذى قدمه المدين عوضاً عن أدائه الأصلى . مثال ذلك أن يكون الشيء الذى أعطاه المدين لدائنه مملوكاً للغير . لو قلنا بأننا بصدد وفاء بسيط ، لوجب الحكم بأن التزام المدين بدفع مبلغ من النقود لم ينقض ، وأن الدائن له أن يطالب به بما كان يكفله من تأمينات .

أما القول بأن الوفاء بمقابل يتضمن تجديداً للالتزام ، فيفضى إلى انقضاء الالتزام القديم بما كان يكفله من تأمينات ، ويحل محله الالتزام الجديد . وإذا استحق الشيء المقابل ، فليس لذلك أثر على زوال التأمينات ، فلا يعود الرهن الذى يضمن الوفاء بدين النقود إلى الظهور مرة أخرى .

على أنه يلاحظ فى هذا الصدد ، أن التسليم بالتصوير المتقدم ، يقتضى أيضاً أن يكون الالتزام الجديد صحيحاً ، فإذا وقع باطلا وجب القول بالابقاء على الالتزام القديم .

---

(١) انظر مارت فورنييه انسكلوبيدى داللوز ج ١ ص ٢ .

اتخذ التقنين المدنى الجديد حلاوسطاً، فاستجاب إلى فكرة أن الوفاء بمقابل هو تجديد للالتزام بتغيير محله . وعبر عن ذلك بتطبيق أحكام البيع إذا كان الوفاء بمقابل ينقل ملكية شيء بدلا من الدين . وعلى هذا النحو إذا استحق هذا الشيء . فليس للدائن أن يطالب بدينه القديم ، وإنما له أن يرجع على المدين بمقتضى قواعد دعوى الاستحقاق فى عقد البيع .

ولكنه من ناحية أخرى أخضع الوفاء بمقابل من حيث انقضاء التأمينات إلى أحكام الوفاء البسيط (م ٣٥١).وهذا الحكم يقتضى أن التأمين لا يزول إذا كان الوفاء بشيء لا يملكه المدين ، لأنه يشترط لصحة الوفاء أن يكون الموفى مالكاً للشيء الذى وفى به (١) . وتطبيقاً لذلك ، إذا استحق الشيء الذى ارتضاه الدائن عوضا عن دين النقود ، يظل الراهن الذى كان ضامناً للوفاء بهذا المبلغ ، يكفل الوفاء بالتعويض الذى يلتزم به المدين نتيجة لاستحقاق الشيء وتطبيقاً لأحكام البيع (٢) .

يتضح مما تقدم أن الوفاء بمقابل يخضع لتنظيم قانونى مركب، ينتزع أحكامه من قواعد التجديد والبيع والوفاء .

١٢٦ — المقاصة:

إذا توافرت شروط المقاصة القانونية، وتمسك بها صاحب المصلحة، انقضى

---

(١) يتجه الفقه السائد إلى تطبيق قواعد التجديد على الوفاء بمقابل بالنسبة إلى زوال التأمينات . وعلى هذا النحو إذا استحق الشيء الذى أداه المدين عوضا عن دين النقود ، فلا يعود الرهن الذى كان ضامنا للوفاء به . راجع ريبير وبولانجيه ج ١ فقرة ٤٠١٥ — انسكلوبيدى داللوز المرجع السابق فقرة ٢٢ — السنهورى الوسيط ج ٢ ص ٨٠٤ .

(٢) يلاحظ فى هذا الصدد أن المشرع بنص صريح قد أعفى الكفيل الشخصى من التزامه إذاقام المدين بناء على رضاء الدائن بأداء شيء آخر مقابل الدين حتى ولو استحق هذا الشيء (م ٧٨٣ من التقنين المدنى) .

الالتزام بقوة القانون ، وينعكس هذا الأثر على الرهن الذى كان يضمنه فيزيله أيضاً .

ولكن تثور الصعوبة إذا قام المدين بوفاء الدين بعد ثبوت حقه فى المقاصة. هنا يعرض التساؤل هل يظل الرهن الذى كان ضامناً لحق المدين قائماً يكفل الوفاء به ، أم يقال أن الرهن قد زال بانقضاء الحق الذى كان يضمنه ، رغم عدم تمسك صاحبه بالمقاصة .

تجيب المادة ٣٦٩ عن هذا التساؤل بالنص الآتى «إذا وفى المدين ديناً وكان له أن يطلب المقاصة فيه بحق له ، فلا يجوز أن يتمسك إضراراً بالغير بالتأمينات التى تكفل حقه ، إلا إذا كان يجهل وجود هذا الحق» .

يعالج هذا النص فرضين تنبغى التفرقة بينهما :

١ — الموفى يجهل وقت وفاء الدين أن له حقاً فى ذمة دائنه : هنا لا ذنب للمدين فى عدم التمسك بالمقاصة ، لأنه لم يكن على علم بوجود حقه . وعلى هذا النحو إذا كان ذلك الحق مضموناً برهن ، يبقى هذا الرهن قائماً . وبذلك يستطيع الموفى أن ينفذ على العقار المرهون لاستيفاء حقه. ولا يحق للغير (كدائن مرتهن آخر) أن يحتج فى مواجهة الموفى بأن الرهن قد زال ، وذلك رعاية من المشرع للمدين حسن النية (١) .

٢ — الموفى يعلم وقت وفاء الدين أن له حقاً فى ذمة دائنه : يختلف الحكم

---

(١) تعرض هذه الصورة فى مثال عملى على النحو الآتى : (أ) مدين إلى (ب) بمبلغ ١٠٠ جنيه ، ولكنه يجهل أن له حقا يمثل هذا المبلغ ، وأن هذا الحق مضمون برهن مقرر على عقار من عقارات (ب) . قام (أ) بسداد ماعليه ، ثم علم باستحقاقه مبلغ ١٠٠ جنيه فى ذمة (ب) . يحق له حينئذ أن يتمسك ببقاء الرهن والتنفيذ على العقار ضماناً للوفاء بهذا المبلغ ، ولا يجوز لدائن آخر ارتهن العقار من (ب) وقيد حقه فى تاريخ لاحق ، أن يمنعه من ذلك بحجة أنه كان فى وسعه التمسك بالمقاصة .

هنا عن الحالة السابقة . ذلك أن الوفاء بدين للغير ، رغم علم المدين بوجود حق له يجيز له التمسك بالمقاصة ، يعتبر بمثابة تنازل عنها . وعلى هذا النحو إذا أراد الموفى أن يطالب بحقه ، فليس له أن ينفذ على العقار المرهون إضراراً بالغير . فيجوز لكل دائن مرتهن للعقار، ومتأخر عنه فى المرتبة أن يحرمه من ذلك(١). وهذا هو ما تعنيه المادة ٣٦٩ بقولها «إذا وفى المدين ديناً وكان له أن يطالب المقاصة فيه بحق له ، فلا يجوز أن يتمسك إضراراً بالغير بالتأمينات التى تكفل حقه ، إلا إذا كان يجهل وجود هذا الحق» .

نخلص مما تقدم أن الرهن لايزول تبعاً لانقضاء الدين بالمقاصة ، إلا إذا تمسك بها صاحب المصلحة فيها . فاذا لم يتمسك بها ، رغم علمه بتوافر شروطها ، امتنع عليه الاحتجاج بالرهن إضراراً بالغير. أما إذا جهل وجودها، جاز له التنفيذ على العقار المرهون حسب المرتبة التى يخولها له قيد الرهن .

هذه هى بعض أسباب انقضاء الالتزام التى آثرناها ببعض التفصيل ، نظراً لما تتميز به من أحكام خاصة عنى المشرع ببيانها فى النصوص المتقدمة .

---

(١) تطبيقا لهذه الفكرة إذا كان (ا) (المثال الوارد فى الهامش السابق) يعلم باستحقاقه مبلغ ١٠٠٠ جنيه فى مواجهة (ب) ، جاز للدائن المرتهن للعقار أن يمنعه من التمسك بمرتبة الرهن القديمة .

المبحث الثانى

(زوال الرهن الرسمى بصفة أصلية)

١٢٧ - تعدد أسباب زوال الرهن بصفة أصلية :

قد ينقضى الرهن الرسمى بتنازل الدائن المرتهن عنه ، مع عدم إبراء المدين من الالتزام الذى يضمنه . وقد يزول أيضاً فى بعض الأحوال بهلاك العقار المرهون ويترتب هذا الأثر بصفة خاصة فى حالة تطهير العقار ، وقد أثارت بين فقهاء قانون المرافعات جدلا إذا كان التطهير ناتجاً عن بيع العقار بالمزاد . أخيراً قد ينقضى الرهن بتملك الدائن المرتهن للعقار المرهون ؛ حينئذ يصدق عليه وصف الحائز ولا يتصور أن ينفذ على عقاره . على أن المشرع يبعث الحياة من جديد فى هذا الحق إذا شرع دائن مرتهن آخر فى التنفيذ على العقار ، ورسا مزاده على غير الحائز .

سنعنى فيما يلى بدراسة هذه الأسباب المتعددة ، مع مراعاة أن تفصيل كثير من أحكامها جاء من قبل فى مواضع متفرقة خصصت لبحث كل منها .

١٢٨ - التنازل عن الرهن :

التنازل عن الرهن عمل قانونى يصدر من الدائن المرتهن . يزول بمقتضاه الحق العينى التبعى المقرر على العقار . وهو لا يمس الالتزام المضمون ، بل ينصب فقط على الضمان الخاص الذى يكفله . وهو يختلف أيضاً عن تنازل الدائن عن مرتبة الرهن لأن هذا التنازل الأخير يقتصر أثره على تخلى الدائن عن المركز المفضل الذى تخوله له مرتبة القيد ، لصالح دائن مرتهن آخر . ولكن الرهن يظل قائماً ، فيجوز إجراء قيده مرة أخرى ، وتحتسب مرتبته منذ تاريخ إجراء هذا القيد الأخير .

يلزم لوقوع هذا التنازل صحيحاً أن تتوافر لدى الدائن المرتهن الأهلية اللازمة للابراء من الدين . وقد عبر المشرع عن هذا الحكم صراحة بالنسبة إلى التنازل عن الرهن الحيازى (المادة ١١١٣ من التقنين المدنى) .

ولا يشترط أن يكون التنازل صريحاً ، بل يجوز أن يستفاد ضمناً من ظروف ينفرد القاضى بتقديرها . على أنه ينبغى أن تكون هذه الظروف دلالتها قاطعة فى الإفصاح عن نية الدائن فى التنازل عن الرهن . من ذلك مثلا أن يشترك الدائن المرتهن فى التوقيع على عقد البيع كضامن لخلو العقار من الحقوق والتكاليف العينية . ولكن لا يكفى هذا التوقيع إذا تم بوصف أن الدائن مجرد شاهد فى إبرام العقد (١) . ومن صور التنازل الضمنى أيضاً الحكم الذى جاء فى المادة ٣١٨ من تقنين التجارة ، ومقتضاه أن اشتراك الدائن المرتهن مع الدائنين الآخرين فى تبادل الرأى بشأن الصلح مع التاجر المفلس ، يعد تنازلا عن الرهن حتى ولو لم يتم الصلح .

التنازل عن الرهن على النحو المتقدم تعبير منفرد عن إرادة الدائن ، وهو بهذه المثابة ملزم له بمجرد اتصاله بعلم المدين . ذلك أن هذا التصرف قانونى يتمثل فى تنازل عن حق عينى ، ومن ثم يجوز لصاحبه أن يفصم الصلة التى تربطه بمحل الحق فتخول له الاستئثار به (٢) .

١٢٩ - هلاك العقار :

إذا اقتصر الرهن على منشآت مشيدة على الأرض ، وهلكت هذه المبانى ، فالأصل بطبيعة الحال هو زوال الرهن لهلاك محله . حينئذ تتحرر الأرض من

---

(١) بلانيول وريبير وبيكيه ج ١٣ ص ٧١٩ فقرة ١٣٢٣ .

(٢) انظر مقال بيير رينو « التنازل عن الحق » فى المجلة الفصلية للقانون المدنى ١٩٣٦ ص ٧٦٣ وما بعدها ، وبصفة خاصة بند ١٦ .

الرهن الذى كان يثقل المنشآت التى أقيمت عليها ، ولا يغير من ذلك أن يشيد محلها منشآت أخرى (١) .

أما إذا كان الرهن وارداً على الأرض ، فهو يمتد بحكم القانون إلى ملحقاتها وبصفة خاصة إلى كافة التحسينات والإنشاءات التى تضاف اليها (٢) . فاذا هلكت هذه المنشآت أو بعض منها ، بقى الرهن قائماً كما كان على الأرض ، وخضع هذا الهلاك الجزئى للاحكام التى أوردها المشرع بشأن إضعاف التأمينات أو الانقاص منها (المادة ١٠٤٨ من التقنين المدنى) .

على أن هلاك العقار على النحو المتقدم يقتضى الاشارة إلى ملاحظتين سبق تفصيل كل منها فى موضع دراستها :—

١ — إذا استحق عن هذا الهلاك مقابل نقدى كعوض التأمين ومبلغ التعويض تعلق به حق الدائن المرتهن بنص القانون (٣) . وعلى هذا النحو تظل الأفضلية قائمة بعد زوال الرهن ، وهى السلطة الأساسية التى تخول للدائن المرتهن أن يفضل غيره من الدائنين . ويخضع أيضاً للحكم المتقدم نزع ملكية العقار للمنفعة العامة . إذ يتعلق حق الدائن بالتعويض المستحق عنه . وليست هذه الصورة الأخيرة هلاكاً مادياً للعقار ، ولكنها بمثابة هلاك قانونى يتم بخلع صفة الأموال العامة عليه ، وهى بحكم القانون يمتنع الحجز عليها .

٢ — إذا لم يستحق عن هلاك العقار أى مقابل نقدى يستوفى منه الدائن حقه . خضع هذا الهلاك للحكم الذى جاء به المشرع فى المادة ١٠٤٨ . وخلاصتها أن الخيار يترك للدائن ، إذا هلك العقار أو تلف بخطأ المدين ، بين

---

(١) فى هذه الحالة يلزم لانتقال الرهن أن يرد نص خاص فى القانون يقرر الحلول العينى بانتقال محل الرهن من العقار الذى تقرر عليه إلى العقار الجديد . راجع ما تقدم ص٢٨٧ هامش ١ .

(٢) راجع ما تقدم فقرة ٥٣ .

(٣) انظر ما سبق بيانه فقرة ٩٣ .

إسقاط الأجل المقترن بالالتزام ، أو اقتضاء تأمين كاف يكفل الوفاء به فى موعد استحقاقه الأصلى . أما إذا كان الهلاك بسبب أجنبى لا يد للمدين فيه ، فالخيار يترك له هذه المرة . إما أن يقدم للدائن تأميناً جديداً يعوضه ما خسره بهلاك العقار ، أو يوفى بالدين فوراً . فاذا تخير وفاء الدين ، وجب خصم الفوائد بالسعر الاتفاقى أو القانونى التى تستحق خلال الفترة بين هذا الوفاء العاجل وتاريخ الاستحقاق الأصلى للوفاء .

١٣٠ - تطهير العقار :

يتحرر العقار من الحقوق العينية التبعية المقررة عليه ، إما بالتطهير الاختيارى وذلك بإتباع الإجراءات التى رسمها التقنين المدنى وسبق بيانها ، أو بحكم القانون إذا بيع العقار بيعاً جبرياً ، ورسا مزاده وسجل حكم مرسى المزاد .

ويتم التطهير الاختيارى إذا عرض حائز العقار المرهون مبلغاً تقديرياً يعبر عن قيمة العقار ، فقبله الدائنون إما صراحة أو ضمناً على النحو الذى تقدم بيانه (١) . ولعل أهم حكم جدير بالذكر فى بحثنا الحالى أن الحقوق العينية التبعية لاتزول عن العقار إلا إذا دفع الحائز المبلغ المعروض للدائنين الذين تسمح مرتبتهم باستيفاء ديونهم منه ، أو إذا أودع هذا المبلغ خزانة المحكمة . وفى الصورة الأخيرة تتخلف سلطة التتبع فلا يحق للدائن التنفيذ على العقار ، ولكن تبقى الأفضلية قائمة حتى يتم توزيع هذا المبلغ .

أما إذا طرح العقار للبيع بالمزاد بالطريقة الجبرية ، فهنا يخضع التطهير أيضاً لحكم مماثل ، جاء ذكره فى المادة ١٠٨٤ من التقنين التى تنص على ما يأتى «إذا بيع العقار المرهون بيعاً جبرياً بالمزاد العلنى سواء كان ذلك فى مواجهة مالك العقار أو الحائز أو الحارس الذى سلم إليه العقار عند التخلية ، فإن

---

(١) أنظر ما سبق فقرة ١١٥ .

حقوق الرهن على هذا العقار تنقضى بإيداع الثمن الذى رسا به المزاد ، أو بدفعه إلى الدائنين المقيدين الذين تسمح مرتبتهم باستيفاء حقوقهم من هذا الثمن» .

يستفاد من حكم هذه المادة أن العقار لا يتطهر من الرهن المقرر عليه إلا بإيداع الثمن أو دفعه للدائنين . وفى هذا الصدد يدب الخلاف بين فقهاء قانون المرافعات .

فاتجه مذهب من الفقه إلى القول بأن التطهير يقع بمجرد تسجيل حكم مرسى المزاد أو التأشير به (إذا رسا المزاد على الحائز)(١) ، ولا يشترط لتمامه إيداع الثمن أو دفعه للدائنين . ويستند هذا الاتجاه إلى نص المادة ٦٩٠ من تقنين المرافعات التى يستفاد منها صراحة أن تسجيل حكم مرسى المزاد يطهر العقار ، وإلى أن حق الدائن فى أداء الثمن يكفله أن فى استطاعته إعادة بيع العقار على مسئولية المشترى المتخلف (م ٤٩٦ مرافعات) . وفى هذه الحالة لا يحتج على الدائن بالتصرفات التى يكون المشترى المتخلف قد أجراها . وبعبارة أخرى لا يلتزم الدائن بمباشرة حق التتبع فى مواجهة من تلقى ملكية العقار من المشترى المتخلف عن أداء الثمن (٢) .

ويذهب جانب آخر من الفقه إلى وجوب الأخذ بالحكم الذى أتت به المادة ١٠٨٤ من التقنين المدنى ، فلا يتطهر العقار من الرهن إلا بدفع الثمن أو إيداعه خزانة المحكمة (٢) .

---

(١) تنص المادة ٦٨٨ من تقنين المرافعات على أنه « إذا رسا مزاد العقار على الحائز لا يكون تسجيل حكم مرس المزاد واجبا ويؤشر بالحكم فى هامش تسجيل السند الذى تملك بمقتضاه العقار أصلا ، وفى هامش تسجيل إنذار الحائز . »

(٢) أنظر فى تفصيل حجج هذا الفقه استاذنا المغفور له الدكتور محمد حامد فهمى ص ٤٣٢ وما بعدها ، ويشير بصفة خاصة إلى أهم المراجع التى تؤيد هذا الاتجاه . ويراعى أن هذا الفقه قد يدعمه ايضا الحكم الوارد فى ٤٤ شهر عقارى الذى يقرر عدم لزوم تجديد القيد بعد بيع العقار جبرا وانقضاء ميعاد زيادة العشر . اذ يستفاد منه أن عدم تجديد القيد معناه أن العقار قد تطهر من الرهن برسو المزاد . راجع ما تقدم ص ٢٠٠ وبصفة خاصة هامش ٢ فى التعليق على هذه الحجة .

(٣) انظر احمد أبو الوفا ص ٦١٣ فقرة ٣٧٣ وما بعدها .

ويبدو لنا أن الأحكام التى أتى بها تقنين المرافعات تستجيب إلى هذا الرأى الأخير ، فهى لا تعتد بتصرفات الراسى عليه المزاد إذا لم يكن دفع الثمن أو أودعه ، بل وتجيز إعادة البيع على مسئوليته باختصامه وحده دون خلفائه (م ٦٩٦ مرافعات) . ويستفاد من ذلك أن حق الراهن لازال قائماً ، وأن الدائن المرتهن (بل وكل دائن آخر كان طرفاً فى إجراءات التنفيذ) له أن يطالب إعادة البيع على مسئولية المشترى المتخلف عن أداء الثمن .

ولعل التحليل الذى يستجيب إلى الواقع فى هذا الوضع المتقدم يفضى إلى القول بأن الرهن يبقى قائماً ما دام الراسى عليه المزاد لم يدفع الثمن . ولكن المشرع تيسيراً للأمر على الدائن أعفاه من تتبع العقار فى مواجهة المشترى الجديد ، واصطنع أداة قانونية من شأنها إعادة البيع على مسئولية المشترى المتخلف ، حتى يكفل له مباشرة الأفضلية التى يخولها له الرهن .

أخيراً يلاحظ أن زوال الرهن على النحو المتقدم ، لا يتم إلا إذا كان الدائن قد باشر إجراءات التنفيذ بنفسه ، أو أخطر بإيداع قائمة شروط البيع وبتاريخ جلسته (وفقاً لما جاء فى المواد ٦٣٢ ، ٦٣٣ ، ٦٥٧ مرافعات) . على أن الدائن الذى لم يخطر بإيداع قائمة شروط البيع وبتاريخ جلسته ، لايجوز له الاحتجاج بعدم سريان إجراءات التنفيذ فى مواجهته ، إلا إذا كان البيع قد تم بشروط تضر بحقه . حينئذ تتوافر مصلحته فى إعادة الحجز وتقديم قائمة جديدة بشروط البيع على نحو يحافظ به على حقه .

أما إذا اقتصر اعتراض الدائن على مجرد حرمانه من رسو مزاد العقار عليه ، فهنا حكم تقنين المرافعات بالإبقاء على كافة الإجراءات التى اتخذت من قبل ، واكتفى فقط بتمكين الدائن من الاشتراك فى مزاد جديد ، يتم بناء على تقريره بزيادة العشر (م ٦٩١ من تقنين المرافعات) .

وقد أراد المشرع أن يحدد النطاق الزمنى لهذا الوضع القلق ، فأسقط حق الدائن فى الزيادة بالعشر وبالتمسك بعدم نفاذ إجراءات البيع إذا مضت ثلاث

سنوات من تاريخ تسجيل حكم مرسى المزاد أو التأشير به (فى حالة رسوه على الحائز) . وعلى هذا النحو إذا انقضت هذه المدة دون أن يتحرك الدائن ، تطهر العقار من رهنه بصفة نهائية (م ٦٩١ / ٣ مرافعات) .

١٣١ - تملك الدائن للعقار المرهون :

يزول حق الدائن المرتهن بطبيعة الحال إذا تلقى ملكية العقار المرهون الذى يضمن الوفاء بدينه . على أنه يلاحظ فى هذا الشأن أن اكتساب هذه الملكية قد يضفى على الدائن صفة الحائز ، وهو بهذا الوصف يتعرض للتنفيذ على العقار من جانب أى دائن آخر مزود بتأمين عينى خاص .

وقد بينا فى دراسة سابقة أن الحائز يحق له الاشتراك فى مزاد بيع العقار ، فإذا رسا على غيره ارتدت له كافة الحقوق العينية التى كانت مقررة له من قبل . وتطبيقاً لهذا الحكم يبعث حق الرهن من جديد ، ويجوز للدائن المرتهن (وهو حائز العقار) أن يشترك فى توزيع ثمنه حسب المرتبة التى كان يخولها له حق الرهن . وجدير بالذكر هنا أن الاحتياط الذى ينبغى على الحائز اتخاذه ، هو المثابرة على تجديد قيد الرهن حتى يظل محتفظاً بمرتبته (١) .

١٣٢ - الرهن لا يزول فى القانون المصرى بالتقادم :

من المسلمات التى استجاب اليها التقنين المصرى أن الرهن لا ينقضى مادام الدائن لم يستوف دينه ، وأن العقار المرهون لا يزال مملوكا للراهن .

ولكن أثير البحث فى الصورة التى ينتقل فيها العقار إلى يد الغير ، فيصدق عليه وصف الحائز بالشروط التى سبق بيانها (٢) .

---

(١) راجع ما تقدم ص ١١٨ فى رسو المزاد على غير الحائز وانظر مجموعة الأعمال التحضيرية جـ ٧ ص ١٤٤ .

(٢) راجع ماسبق فقرة ١٠٩.

قرر المشرع الفرنسي فى هذا الشأن (المادة ٣/٢١٨٠) أن الرهن الرسمي يزول بمضى المدة إذا انتقل العقار الى يد الحائز ، وذلك بالشروط الواجب توافرها لاكتساب ملكية العقارات بالتقادم . وقد تحير الفقه فى تكييف طبيعة هذا الزوال(١) . واتجه الرأى الراجح الى أنه مزيج من أحكام التقادم المكسب ، والتقادم المسقط. فهو ينتزع من الأول شروط توافره ، وهو يتفق مع الثانى من حيث آثاره . وأيا ماكان الأمر فى طبيعته ، فهو زوال يتعرض لنقد لاذع من الفقه المعاصر فى فرنسا ، ولاسيما بعد أن استقرت نظم الشهر ، وتوافرت العلانية لحقوق الدائنين المرتهنين ، على نحو يجعل الحائز فى مأمن من أن يتلقى ملكية العقار دون أن يكون على علم بكافة ما يثقله من تكاليف وحقوق عينية (٢)

لهذه الاعتبارات المتقدمة ينبغي أن نسجل بالتقدير ، جهد بعض أعضاء لجنة القانون المدنى فى مجلس الشيوخ ، الذى أفضى الى حذف نص جاء فى مشروع القانون المدنى كان يقضى بسقوط دعوى الرهن بالتقـــادم . وعلى هذا النحو صدر القانون الجديد خالياً من تقرير هذ الحكم (٣)

---

(١) أنظر بلانيول وريبير وبيكيه فقرة ١٣٢٦ وما بعدها .

(٢) وينقضى الرهن بحيازة العقار المدة اللازمة لتملكه بالتقادم القصير إذا كان الحائز حسن النية وتوافر لديه السبب الصحيح أو المدة الطويلة إذا كان الحائز سيىء النية أو تخلف لديه السبب الصحيح . انظر بلانيول وريبير وبيكيه المرجع السابق فقرة ١٣٢٦ وما بعدها .

(٣) نصت المادة ١١٨٧ من المشروع النهائى على أنه « لا ينقضى الرهن الرسمى بالتقـــادم مستقلا عن الدين المضمون — ومع ذلك إذا انتقل العقار المرهون إلى حائز فإن دعوى الرهن بالنسبة إليه تسقط بالتقادم إذا لم يرفعها عليه الدائن المرتهن فى خلال خمسة عشرة سنة تبدأ من وقت تمكنه من رفعها . وينقطع التقادم بانذار الدفع أو التخلية » . ثم اقترح بعض حضرات مستشارى النقض فى لجنة القانون المدنى بمجلس الشيوخ حذف الفقرة الثانية من هـذه المادة (وهى التى تقضى بسقوط دعوى الرهن بالتقادم) .

=

وبذلك يمكن القول إن الرهن لا يزول ، مهما طالت مدته ، إذا انتقلت ملكية العقار إلى يد الحائز.

= وأخيرا قررت اللجنة حذف المادة بأكملها وجاء ما يلي فى ملحق تقريرها « اقترح حذف الفقرة الثانية من م ١٠٨٧ بسبب ما وجه إلى نظيرها فى القانون الفرنسى من نقد . وقد رأت اللجنة أن الأخــذ بهذا الاقتراح يستتبع حذف الفقرة الأولى أيضا فقررت حذف المادة بفقرتيها اكتفاء بالقواعد العامة » . مجموعة الأعمال التحضيرية جـ ٧ ص ١٤٩ وما بعدها .

الباب الثاني

حق الاختصاص

١٣٣ - تعريف الاختصاص - الدائن يكتسب بأمر القاضي حقاً عينياً تبعياً على عقار مملوك للمدين :

الاختصاص نظام من النظم القانونية للتأمينات العينية تهدف أيضاً إلى إيثار الدائن بمركز يفضل به غيره من الدائنين . وهو يتفق مع الرهن الرسمي في اتحاد الأداة القانونية التي ترمي إلى إدراك هذا الهدف ، إذ يزود الدائن بحق عيني تبعي على عقار أو عقارات معينة بالذات مملوكة للمدين . وعلى هذا النحو يستطيع الدائن أن يستوفي دينه من المقابل النقدي للعقار الذي تقرر عليه الاختصاص ، متقدما على سائر الدائنين العاديين ، و الدائنين التالين له في المرتبة حسب المرتبة التي يخولها له إجراء القيد .

هذه الأفضلية التي يزود بها الدائن صاحب الاختصاص تنطلق آثارها فيجوز له أن يباشرها حتى ولو انتقل العقار إلى يد الغير . وبعبارة أخرى نجد أن حق الدائن صاحب الاختصاص يخول له كافة السلطات التي يكتسبها الدائن المرتهن رهناً رسمياً ، بما تتضمن من أفضلية وتتبع .

هكذا يتفق الاختصاص مع الرهن الرسمي في اتحاد الأداة القانونية التي تحقق هدف التأمين العيني . ولكن التباعد بينهما يبدو ظاهراً في مصدر هذه الأداة ، فبينما يكتسب الدائن المرتهن حقاً عينياً تبعيا على العقار بتعاقد يتم مع الراهن ، إذ بالاختصاص لا يكسب هذا الحق إلا بأمر من القاضي اذا ما توافرت شروط معينة ، واتخذت الاجراءات اللازمة لتقريره .

عالج المشرع المصرى حق الاختصاص فى الباب الثانى من الكتاب الرابع المخصص للتأمينات العينية . وقد جاء فى الفقرة الأولى من المادة ١٠٨٥ ما يأتى « يجوز لكل دائن بيده حكم واجب التنفيذ صادر فى موضوع الدعوى يلزم المدين بشئ معين أن يحصل متى كان حسن النية ، على حق اختصاص بعقارات مدينه ضمانا لأصل الدين والفوائد والمصروفات » . وتضيف المادة ١٠٩٥ أنه « يكون للدائن الذى حصل على حق الاختصاص نفس الحقوق التى للدائن الذى حصل على رهن رسمى . » .

يستفاد من النصوص المتقدمة أن الاختصاص يكسب الدائن حقا عينيا تبعيا على غرار ما جاء فى دراسة الرهن الرسمى . ولكن يظهر وجه الخلاف فى مصدر اكتساب هذا الحق .

وعلى هذا النحو يمكننا تعريف الاختصاص بأنه نظام قانونى من نظم التأمينات العينية يكسب الدائن حقا عينيا تبعيا على عقار أو عقارات معينة مملوكة للمدين ، ويتحقق ذلك إذا التجأ إلى القضاء دائن حسن النية مزود بحكم واجب التنفيذ فى موضوع الدعوى ، وملزم بشئ معين .

١٣٤ — تقدير نظام الاختصاص - تعارض الاتجاهات :

نظام الاختصاص عرفه المشرع المصرى فى ظل القانون القديم ، وقد استمده من نظام الرهن القضائى فى القانون الفرنسى ، ولكنه جرد الاختصاص من العيوب التى أخذها الفقه فى فرنسا على الرهن القضائى .

يقوم نظام الرهن القضائى فى فرنسا على فكرة أساسية ، وهو أنه يتقرر بقوة القانون بالنسبة إلى أحكام معينة . وفى هذا الشأن لا يلزم لتقريره أن يطلبه الدائن ، وليس للقاضى سلطة فى الامتناع عن تزويد الدائن به .. وهو إذ يتقرر يصيب جميع العقارات المملوكة للمدين ، بل ويلحق أيضا ما يتملكه فى المستقبل . ولكنه يخضع لمبدأ التخصيص من حيث الالتزام الذى يضمن

الوفاء به . ويشترط أخيراً لنفاذه أن يتوافر فيه ركن العلانية الذى يتمثل فى الشهر عن طريق القيد (١) .

تعرض الرهن القضائى بوضعه المتقدم لنقد لاذع من الفقه الفرنسى فى اتجاهه الغالب . فيؤخذ عليه أولا أنه ينحرف بالقاضى عن سلطته الأصلية . فهو يجعله فى مركز يخول له إنشاء الحقوق ، مع أن وظيفته الاساسية هى مجرد تقرير حقوق الأفراد المتنازع عليها . ويعاب عليه بصفة خاصة ما يفضى إليه من إخلال بالمساواة ، وصعوبة فى التطبيق نظراً لاتساع وعائه وامتداده إلى كافة العقارات المملوكة للمدين . وهو على هذا النحو يشل نشاط المدين ويعرقل تداول الثروة العقارية . بل يخول للدائن مركزا ممتازا ، لا فضل له فى اكتسابه سوى تربصه للمدين ، والمبادرة إلى السبق فى الحصول على حكم . والفوز فى هذا التسابق كثيراً ما يتحقق لأسباب تتعلق بسير الاجراءات . وبذلك تتحدد الأفضلية بشأن الرهن القضائى على أساس ظروف واعتبارات خارجة عن إرادة الدائنين .

هكذا يتمثل نظام الرهن القضائى فى تمكين الدائن من الحصول على ضمان خاص ، دون أن يستند إلى اعتبارات تتصل بالائتمان . بينما يتحقق الرهن الاتفاقى بإرادة الراهن والدائن ، تمكينا للمدين من الحصول على ائتمان . ويتوافر الضمان الخاص فى حقوق الامتياز ، تقديراً من المشرع لوجوب تفضيل بعض الديون فى استيفائها نظراً لما يقوم فيها من صفات خاصة .

وقد جاء صدى هذا النقد قوياً فى بعض البلاد ، فصدرت بعض التقنينات المعاصرة خالية من نظام الرهن القضائى : قانعة بالضمانات الاتفاقية والقانونية ، ومثال ذلك التقنين الألمانى والسويسرى (٢) .

---

(١) أنظر بودان وفواران ج ١٤ فقرة ٧٤٧ - بلانيول وريبير وبيكيه ج ١٢ فقرة ٥٥٨ - كولان وكابيتان ج ٢ فقرة ١٧٢٦ - ريبير وبولانجيه ج ٢ فقرة ٤١٥٨ - أوبرى ورو ج ٣ فقرة ٢٦٥ .

(٢) أنظر بيير رينو انسكلوبيدى داللوز ج ٢ ص ٩٦٢ فقرة ٥ وما بعدها .

كانت هذه العيوب المتقدمة ماثلة أمام المشرع المصرى وهو بسبيل إعداد التقنين المدنى الجديد، وكان عليه أن يتخذ موقفاً من التأمينات العينية الخاصة التى تتقرر بأمر القاضى . وقد أحسن صنعاً باستبعاد نظام الرهن القضائى على النحو الذى أخذ به المشرع الفرنسى . ولكنه استعاض عنه بنظام آخر ، عرف فى ظل القانون المصرى القديم(١) ونعنى به الاختصاص الذى حرص المشرع فى تقريره على محاولة تخليصه من العيوب التى أخذت عليه .

اتجه جهد المشرع فى صياغة نظام الاختصاص إلى وضع أحكام تجرده من عيوب الرهن القضائى . فهو لا يتقرر بقوة القانون، بل يلزم لذلك صدور أمر من القضاء . وهو لا يتناول كل عقارات المدين ، بل يجب تخصيص محله بعقار أو عقارات معينة بالذات . ويشترط لتقريره أن يتوافر لدى الدائن حسن النية، وأن يكون مزوداً بحكم تتحقق فيه صفات خاصة، وأن يترسم الدائن خطى إجراءات معينة للحصول عليه . بل وقد ظهر حرص المشرع فى التقييد من الأخذ بنظام الاختصاص ، فى حرمان الدائن من الإلتجاء إليه بعد وفاة المدين ، أو اتخاذ الإجراءات لشهر إعساره وتسجيل صحيفة دعوى الإعسار . أخيراً وضع المشرع أحكاماً تكفل تقرير الاختصاص فى حدود ضيقة وبالقدر اللازم فقط لتمكين الدائن من استيفاء حقه .

هكذا وضع القانون إجراءات من شأنها الحد من تقرير الاختصاص على عقارات المدين. بل ومنح القاضى سلطة فى إنقاص الاختصاص أو نقله من عقار إلى آخر. وسنعنى ببيان هذه الأحكام بالتفصيل فى موضع دراستها .

على أن المشرع المصرى ، ورغم هذا الجهد المتقدم ، لم يسلم من النقد فى

---

(١) كان القانون الوطنى القديم يأخذ بنظام الاختصاص ولا يعترف بالرهن القضائى. أما القانون المختلط فقد أخذ عند صدوره بالرهن القضائى على غرار ما جاء فى القانون الفرنسى . ثم عدلت أحكامه فألغى الرهن القضائى ، وتقرر الاستغناء عنه بنظام الاختصاص ، وبذلك اتحدت أحكام القانون الوطنى والمختلط فى هذا الشأن .

الأخذ بنظام الاختصاص وقد وجه إليه بصفة خاصة فى آخر مراحل إعداد المشروع أمام لجنة القانون المدنى بمجلس الشيوخ.

قيل فى هذا الصدد ، على غرار ما نادى به الفقه الفرنسى ، أن التأمين القضائى يعطى لدائن عادى مركزاً يفضل به غيره لمجرد تعجله فى استصدار حكم على المدين. فإذا بادر بقيد حق الاختصاص ، تقدم على غيره من الدائنين العاديين ، والدائنين المرتهنين التالين له فى المرتبة ، دون أن يكون لإرادة المدين دخل فى ذلك .

والأصل فى الأفضلية ، فى تقدير هذا الاتجاه ، أن تتقرر بالاتفاق أو بنص فى القانون. أما إسنادها إلى أمر القاضى ، فهو غير مرغوب فيه ، وليس له أساس يبرره .

وقيل فى هذا الشأن أيضا أنه إذا روئى استبقاء الاختصاص ، فالأولى أن ينتفع به كافة الدائنين الثابتة حقوقهم قبل صدور الأمر بتقريره . ويعتبر الدائن الذى يسعى إلى ذلك أنه يعمل لنفسه ولحساب غيره .

أخيراً أشار الرأى المتقدم بأن صدور الحكم فى الدعوى ، قد يتأخر لاعتبارات لا دخل لإرادة الدائن فيها . ويترتب على ذلك تمكين أحد الدائنين من الحصول على اختصاص بمقتضى حكم صدر لصالحه ، وهو على هذا النحو قد يفضل دائنا آخر رفع الدعوى فى تاريخ سابق ، ولكن تراخى الفصل فيها لأسباب لا قبل له بدفعها . ولعله من الأوفق ، علاجا لهذا الوضع ، أن تمنح الأفضلية فى تقرير الاختصاص للدائن الذى سبق غيره فى رفع الدعوى ، بصرف النظر عن تأخر صدور الحكم فيها. وبعبارة أخرى إذا أريد بحق الاختصاص تمييز الدائن الأكثر نشاطا ، فمعيار ذلك رفع الدعوى لا صدور الحكم فيها ، فيكون هناك مرجح للتمييز يستند إلى سبب معقول (١) .

لم يكتب النجاح لهذا الاتجاه رغم ما يتضمنه من أوجه نقد سليمة ، وانتصر

---

(١) راجع مجموعة الأعمال التحضيرية ج ٧ ص ١٥٨ حيث يعرض الأستاذ محمد حسن العشماوى نظريته فى نقد حق الاختصاص التى شرحناها فى المتن .

الرأى الغالب فى الإبقاء على نظام الاختصاص ، فصدر التقنين المدنى متضمناً أحكامه التى نعنى بتفصيلها فيما يلى .

١٣٥ - تقسيم و احالة :

ينفرد الاختصاص بأحكام خاصة تتصل بإنشائه، وتمكين كل ذى مصلحة من المطالبة أمام القضاء بتعديل محله. وسنعنى فيما يلى بتفصيل هذه الأحكام. أما آثار الاختصاص فهى فى مجموعها تماثل ما جاء فى الباب المخصص للرهن الرسمى ، وعلى هذا النحو لن نكرر ما فصلناه فى دراستنا السابقة. بل ويكفى فى هذا الصدد أن نشير إلى نص المادة ١٠٩٥ التى تقرر « يكون للدائن الذى حصل على حق الاختصاص نفس الحقوق التى للدائن الذى حصل على رهن رسمى ، ويسرى على الاختصاص ما يسرى على الرهن الرسمى من أحكام وبخاصة ما يتعلق بالقيد وتجديده ومحوه وعدم تجزئة الحق وأثره وانقضائه ، وذلك كله مع عدم الإخلال بما ورد من أحكام خاصة » .

وبذلك لن نعرض فى دراستنا التالية للأحكام التى تناولناها بالتفصيل فى الرهن الرسمى ، ونحيل بشأنها لمواضع دراستها السابقة .

وعلى ضوء ماتقدم نعقد ثلاثة فصول ، نفصل فى الأول إنشاء الاختصاص ، ونشير فى الثانى إلى آثاره ، ونعنى فى الثالث بإنقاصه وانقضائه .

الفصل الأول
إنشاء الاختصاص

١٣٦ - الاختصاص ينشأ بأمر القاضي ، وينفذ في مواجهة الغير بإجراء القيد :

إذا ماتوافرت الشروط الموضوعية لتقرير الاختصاص ، واتبعت الإجراءات التي رسمها القانون ، يكتسب الدائن حقاً عينياً تبعياً على عقار أوعقارات معينة مملوكة للمدين . ويترتب هذا الأثر بمجرد صدور أمر القاضي بالاختصاص . على أنه يلزم لنفاذه في مواجهة الغير ، أن يجرى قيده ، وتتبع في هذا الشأن الخطوات التي سبق دراستها في البحث المخصص لقيد الرهن الرسمي(١) .

يظهر إذن مماتقدم أن الاختصاص يقتضي تقريره توافر شروط موضوعية ، واتباع إجراءات معينة . ويلزم لنفاذ أثره في مواجهة الغير إجراء قيده وفقاً لما جاء من أحكام في قانون تنظيم الشهر العقاري (٢) .

---

(١) راجع ما تقدم ص ١٥٧ فقرة ٥٥ وما بعدها .

(٢) يقرر الأستاذ الدكتور شفيق شحاته في كتاب النظرية العامة للتأمين العيني ص ٤٣ وما بعدها ما يأتي « يقال في العادة إن التأمينات العينية قد تنشأ عن أمر القاضي كما في حق الاختصاص . والواقع أن التأمين العيني باعتباره كذلك ليس مصدره أمر القاضي ، وإنما المصدر الحقيقي هو واقعة القيد ، فإن لم يحصل القيد فلا يكون هناك اختصاص ، وبالتالي لا يكون هناك تأمين عيني . أما أمر القاضي فهو السبب القانوني للقيد ، ولا يكون القيد منتجا لأثره إلا إذا كان مستنداً إلى أمر صادر من القاضي » . (اقتصرنا في هذا الصدد على عرض الفقرات التي تتصل فقط بحق الاختصاص ، أما ما يتعلق بغيرها من التأمينات العينية فنحيل بشأنها إلى موضع دراسة كل تأمين — راجع ما تقدم في الرهن الرسمي ص ١٧٩ هامش ١ — وانظر ما يلي في دراسة الرهن الحيازي وحقوق الامتياز) .

خلاصة القول من هذا الاتجاه الفقهي المتقدم أن الدائن لا يكتسب حق الاختصاص إلا بواقعة القيد ، أما أمر القاضي فهو سبب قانوني للقيد ، ولا يترتب عليه اكتساب الحق . وقد أشرنا =

فالقيد ليس سوى مجرد إجراء ارتضاه المشرع المصرى للاعلان عن كافة

= من قبل فى دراسة الرهن الرسمى أن هذا القول نتيجة حتمية للنظرية التى يدافع عنها الدكتور شفيق شحاته . فهو ينكر فكرة الحقوق العينية التبعية ، ويرى أن كافة التأمينات العينية مجرد أوصاف للالتزام ، تعدل من الآثار العادية ، فتجعل للدائن أفضلية فى استيفاء دينه من المال محل التأمين .

وقد بينا وجهة نظرنا فى هذا الفقه المنكر للحقوق العينية التبعية (راجع ما تقدم فقرة ٢٦ وما بعدها) ، وخلصنا إلى وجوب الإبقاء عليها . ولعل جانب الصحة ، فى تقديرنا ، فى هذه النظرية يلمس أثره بالنسبة إلى حقوق الامتياز العامة على النحو الذى سنفصله فى موضعهـا . أما فيما يتصل بالتأمينات العينية الأخرى ، فنميل إلى تأصيل أحكامها بتزويد الدائن بحق عينى تبعى . ولسنا فى هذا الاتجاه متأثرين بمجرد الحرص على تراث فقهى قديم ، أو مستجيبين إلى إرادة المشرع المصرى فقط ، بل يدفعنا إلى ذلك نتائج عملية هامة تترتب على انكار الحق العينى التبعى أو تقريره .

على هذا النحو نسجل اتجاهنا بشأن الاختصاص ، فنرى أنه يكسب الدائن حقا عينيا تبعيا على العقار بصدور أمر القاضى بتقريره . ولكن يلزم لسريان هذا الحق فى مواجهة الغـير أن يتوافر فيه عنصر العلانية ، وهو إجراء القيد الذى ارتضاه المشرع المصرى كوسيلة لتمكين الغير من العلم بما تقرر على العقارات من ضمانات خاصة للدائنين .

ويترتب على الأخذ بهـذا التصوير أن الدائن إذا اكتسب الحق بأمر القاضى ، جاز له أن يجرى قيده فى أى تاريخ لاحق ، حتى ولو تم القيد فى فترة يمتنع عليه فيها ايقاع اختصاص على عقارات المدين . ولهذا القول أهمية بالغة ستظهر فى دراستنا للأحوال التى لا يجوز فيها أخـذ الاختصاص . فقد حرمه المشرع على الدائن فى الفترة اللاحقة لتسجيل صحيفة دعوى إعسـار المدين ، ومنعه أيضا بعد موت المدين : إذ سلمنا بأن واقعة القيد هى التى تنشىء التأمين العينى ، وجب القول بحرمان الدائن أخذ اختصاصا على عقار مملوك للمدين ، من إجراء القيد إذا تم فى تاريخ لاحق على تسجيل صحيفة دعوى إعسار المـدين أو بعد وفاته (راجع ماسبق ص ٢٢٠ وما بعدها) . ولكن القول بأن الدائن يكتسب حقا عينياً تبعياً على العقار بمجرد صدور أمر القاضى ، يفضى إلى التسليم بامكان قيد هذا الحق ولو أجرى فى فترة حرم فيها المشرع أخـذ الاختصاص . هذا الاتجاه الأخـير يستجيب إلى حكمة المشرع من التحريم . ذلك أنه منـع حق الاختصاص من أن يكون سببا لإيثار دائن على آخـر بعد تسجيل صحيفة دعوى الإعسار ، أو بعد وفاة المدين . أما إذا توافر هذا الايثار قبل ذلك ، وهو ما يتحقق بعد صدور أمر القاضى ، فليس ثمة ما يمنع من استكمال عنصر العـلانية اللازم لسريان الحق فى مواجهة الغير . عـلى أن هذا القول ينبغى أن يقترن بالقيد الهام الذى أورده المشرع وهو وجوب توافر حسن النية لدى الدائن حينما يسعى إلى القاضى يسأله تقرير الاختصاص (وهو ماسنبينه فى المتن فى دراستنا لهذا الشرط) .

الحقوق العينية التبعية التي تتقرر على العقارات . وهو يهدف بذلك إلى تمكين الغير من الحصول على كافة المعلومات المتصلة بالحالة القانونية لعقار مملوك لشخص معين ، وهو أمر يقتضيه حرص التشريعات الحديثة ، على تدعيم الائتمان العقارى وتيسير تداول الأموال العقارية .

ويتم إجراء القيد كما سبق البيان وفقاً للخطوات التي رسمها المشرع في قانون تنظيم الشهر العقارى . وهنا نكرر الإحالة إلى دراستنا السابقة لقيد الرهن الرسمى ، وهو ما عنيت المادة ١٠٩٥ بالإفصاح عنه بقولها « يسرى على حق الاختصاص ما يسرى على الرهن من أحكام وبخاصة ما يتعلق بالقيد وتجديده ومحوه » .

على ضوء هـــذه الملاحظة الأساسية ســـنعنى فيما يلى بدراسة كيفية تقرير الاختصاص. وفى هذا الصدد نبدأ فى مبحث أول ببيان الشروط الموضوعية ، ونعالج فى مبحث ثان الاجراءات التي يجب إتباعها .

المبحث الأول

(الشروط الموضوعية لتقرير الاختصاص)

١٣٧ — تعدد هذه الشروط :

يستفاد من النصوص التي أوردها المشرع فى الباب الذى أفرده للاختصاص ، وجوب توافر شروط متعددة . وهى فى تعددها تتصل بشخص الدائن ، وتتعلق بالحكم الذى يريد الحصول على اختصاص بمقتضاه ، وتتناول الأموال التي يرد عليها . أخيراً وحتى تـكتمل دراسة هذه الشروط ، ينبغى أن نعالج الصور التي يمتنع فيها على الدائن أخذ اختصاص على عقار من عقارات المدين .

هكذا تتحدد المسائل التي تعرض فى بحث انشاء الاختصاص . فهى تنحصر فيما يأتى ١ — الدائن الذى يطلب الاختصاص ٢ — الحكم الذى يتقرر الاختصاص بمقتضاه ٣ — محل الاختصاص ٤ — الأحوال التي يمتنع فيها تقريره .

أولا - الدائن الذى يطلب الاختصاص

١٣٨ - يجب أن يكون الدائن حسن النية :

قضت المادة ١٠٨٥ صراحة بأن الدائن الذى يطلب تقرير الاختصاص ، يجب أن يتوافر لديه حسن النية. وقد وضع هذا الشرط استجابة لقضاء محكمة النقض فى ظل القانون القديم (١) ، الذى يتأسس على حكم المادة ٢٦٦/٣٣٦ قبل الغائها بقانون التسجيل الصادر فى ٢٦ يونية سنة ١٩٢٣ ويعرض البحث عن المفهوم القانونى لحسن نية الدائن ومعيار توافره . وقد أفصحت الأعمال التحضيرية للتقنين المدنى ، وذلك فى المذكرة الايضاحية للمشروع التمهيدى عن اتجاه المشرع فى تحديد معنى حسن النية (٢) .

ويمكن صياغة اتجاه المشرع فى هذا الصدد بأن الدائن يعتبر حسن النية إذا كان يجهل تعلق حق الغير بالعقار الذى يطلب تقرير الاختصاص عليه. وبالتالى ينتفى حسن نيته إذا طلب اختصاصاً على عقار مملوك للمدين ، وهو يعلم تعلق حق الغير به ، حتى ولو كان هذا الحق لم تتوافر فيه الشروط اللازمة للاحتجاج به فى مواجهة الكافة . فلو باع المدين عقاراً له ، ثم أخذ الدائن حق اختصاص على هذا العقار وهو عالم ببيعه ، فإن هذا الحق لا يسرى فى مواجهة البائع حتى

---

(١) أنظر حكم محكمة النقض المنشور فى ملحق مجلة القانون والاقتصاد س ٦ ص ٢١٣ ، مجموعة القواعد القانونية ج ١ رقم ٣٦٩ وقد جاء فيه إن « الدائن الذى أخفى عن رئيس المحكمة أن العقار الذى أراد الاختصاص به قد باعه مدينه بعقد عرفى ثابت التاريخ قبل قانون التسجيل وقبل نشوء حقه فى الدين ، وذكر فى عريضته أن هذا العقار هو ملك مدينه ولا يزال على ملكه ، فصدر له الأمر بالاختصاص وما كان ليصدر لو صدق وذكر عن أوصاف العقار ما يجب عليه ذكره صدقا ، هذا الدائن يعتبر أنه قد عمل عملا إيجابيا منطويا على سوء النية يجعل الاختصاص الذى صدر له منطويا على سوء النية ، فلا يمكن اعتبار تسجيله (وهو الإجراء المقابل للقيد فى ظل قانون الشهر العقارى) ساريا فى مواجهة المشترى من المدين » .

(٢) تقرر المذكرة الإيضاحية فى هذا الصدد أنه « يشترط لأخذ الاختصاص أن يكون الدائن حسن النية ، فلو باع عقارا له ، ثم أخذ الدائن حق اختصاص على العقار وهو عالم ببيعه ، وقيد حق الاختصاص قبل تسجيل البيع ، فإن هذا الحق لا ينفذ فى حق المشترى » .

ولو تم قيده قبل تسجيل البيع . هذا المثال جاء فى مذكرة المشروع التمهيدى ، نقلا عن قضاء محكمة النقض فى ظل القانون القديم . ويستفاد منه انتفاء حسن النية فى كل مرة يعلم فيها الدائن بسبق اكتساب شخص لحق عينى على العقار المراد تقرير الاختصاص عليه ، حتى ولو كان هذا الحق لم يتم تسجيله أو قيده وفقاً لما استلزمه قانون تنظيم الشهر العقارى .

تطبيقاً لهذا المعيار المتقدم إذا تصرف المدين فى عقار مملوك له ببيع أو هبة ، ولم يسجل هذا التصرف ، فان علم الدائن به يكفى وحده لعدم سريان الاختصاص الذى تقرر له على العقار ، حتى ولو قيد الاختصاص فى تاريخ سابق على تسجيل البيع أو الهبة .

كذلك أيضاً لو أخذ الدائن اختصاصاً على عقار وهو يعلم أن المدين قد قد رهنه لدائن آخر ، كانت الأولوية فى هذا الشأن للدائن المرتهن حتى ولو قيد الاختصاص فى تاريخ سابق على قيد الرهن . وبعبارة أخرى نكون هنا بصدد استثناء من القاعدة التى تحسم التزاحم بين عدة دائنين مزودين بتأمين عقارى خاص على أساس الأسبقية فى القيد (١) . وهو استثناء يستجيب إلى نزعة المشرع فى الحد من إطلاق الأفضلية التى يكتسبها الدائن بمقتضى تأمين قضائى .

غنى عن البيان أن الأصل هو حسن النية ، وعلى من يدعى العكس أن يثبت ما يدعيه . ويكفى فى هذا الشأن إثبات علم الدائن بأن المدين قد سبق له التصرف فى العقار ببيع أو هبة أو تقرير حق انتفاع أو رهن .

أخيراً تنبغى الاشارة إلى الحماية التى قررها المشرع للدائن المرتهن من مالك زالت عنه الملكية بأثر رجعى (م ١٠٣٤ من التقنين المدنى) . وقد قررنا بصدد بحث هذه الحماية أنها تنصرف أيضاً للدائن المزود بحق اختصاص . على أنه يشترط لتطبيقها أن يكون حسن النية .

مقتضى هذا الحكم أن الاختصاص الذى يؤخذ على عقار مملوك للمدين ، إذا

---

(١) راجع ما تقدم فقرة ١٠٣ .

تقرر فى تاريخ لاحق على تسجيل دعوى الطعن فى سند الملكية أو التأشير بها، لا يسرى فى مواجهة رافع الدعوى إذا قضى فيها لصالحه. أما الاختصاص الذى يكتسب فى تاريخ سابق، فيلزم لعدم سريانه أن يكون الدائن على علم بأن ملكية المدين مهددة بالزوال (١).

ثانياً - الحكم الذى يتقرر الاختصاص بمقتضاه

١٣٩ - شروط هذا الحكم:

يستفاد من نص المادة ١٠٨٥ أن الحكم الذى يجوز تقرير الاختصاص بمقتضاه يجب أن تتوافر فيه الشروط الآتية :

١ - أن يكون صادراً من جهة لها ولاية القضاء.

٢ - أن يكون الحكم واجب النفاذ .

٣ - أن يكون صادراً فى موضوع الدعوى وملزماً للمدين بأداء شىء معين.

١٤٠ - صدور الحكم من جهة لها ولاية القضاء :

القاعدة العامة فى الاختصاص، أنه لا يتقرر إلا بناء على حكم صادر من جهة لها ولاية القضاء (٢) .

---

(١) راجع ما تقدم فقرة ٤٧ وبصفة خاصة ١٤٠ .

(٢) تنبغى الإشارة فى هذا الصدد إلى تأمين عينى ورد ذكره فى التصفية الجماعية للتركات ، وهو قريب الشبه بحق الاختصاص ، وإن كان يختلف عنه فى أنه لا يشترط لتقريره أن يكون حق الدائن ثابتا بحكم .

الأصل فى القانون المصرى أن آجال الديون لا تحل بقوة القانون بوفاة المدين . فإذا لم يجمع الورثة على طلب حلولها ، تولت المحكمة توزيع الديون المؤجلة وتوزيع أموال التركة على الورثة ، بحسب التصيب الشرعى لكل منهم فى الميراث . والمفروض أن جزء التركة الذى وقع فى نصيب كل وارث ، يكفى لسداد الديون التى اختص بها . على أن المشرع أراد أن يكفل للدائن استيفاء حقه ، فأجاز للمحكمة بمقتضى نص المادة ٨٩٥ أن ترتب لكل دائن تأمينا كافيا على عقار أو منقول من الأموال التى وقعت فى نصيب الوارث الذى اختص بدينه . وتجوز مطالبة الوارث إذا لزم الأمر بإضافة ضمان تكميلى يقدمه من ماله الخاص .

على هذا النحو لا يكفي لأخذ الاختصاص أن يكون حق الدائن ثابتاً بمجرد سند رسمي . فهو وإن كان يصلح كوثيقة للتنفيذ على المدين، إلا أنه لا يجوز تقرير اختصاص بمقتضاه (١) . والقول بغير ذلك يهيء لكل دائن حصل على تعهد المدين أمام الموثق، أن يكتسب حقاً عينياً تبعياً على العقار دون مبرر .

محاضر الجلسات المثبتة للصلح : يستثنى من الحكم المتقدم الذى يمنع تقرير الاختصاص بمقتضى سند رسمى ، محاضر الجلسات المثبتة للصلح .

قد يحدث أثناء سير الدعوى أمام المحكمة أن يعقد الخصوم صلحاً تنتهى به الخصومة فى مقابل التزامات يتعهد بها أحدهم فى مواجهة الآخر. عندئذ يجوز لهم أن يطلبوا من المحكمة التى رفعت أمامها الدعوى إثبات ما اتفقوا عليه فى محضر الجلسة، ويجب أن يلحق به وثيقة الصلح إذا كان مدوناً فى ورقة مكتوبة . وفى كلتا الحالتين يوقع أطراف الصلح على محضر الجلسة .

على هذا النحو يكون لمحضر الجلسة الموقع من الخصوم قوة السند التنفيذى . وقد أجاز المشرع استثناء من القواعد العامة ، أخذ اختصاص بمقتضاه ، وهو ما عبرت عنها المادة ١٠٨٧ بقولها « يجوز الحصول على حق اختصاص بناء على حكم يثبت صلحاً أو اتفاقاً تم بين الخصوم (٢) » .

= يلاحظ مما تقدم أن التأمين العينى الذى يقرره القاضى على عقار اختص به الوارث من أموال التركة ، قريب الشبه بحق الاختصاص . ولكنه يختلف عنه فى أنه يجوز تقريره ضماناً للوفاء بدين مؤجل ، بل ولا يشترط أن يكون حق الدائن ثابتاً فى مواجهة المورث بمقتضى حكم كما هو الحال فى القواعد العامة للاختصاص .

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية ج ٧ ص ١٩٢ .

(٢) جاء فى المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى (ج ٧ ص ١٦٣) أنه لا يؤخذ حق الاختصاص بناء على سند ولو كان رسمياً . أما الحكم الذى يثبت صلحاً فهو يتراوح بين الحكم والسند الرسمى . ولذلك كان الحق فى أخذ اختصاص بمقتضاه محلا للنظر . فقطع المشروع الشك فى هذه المسألة وقرر جواز أخذ اختصاص بمقتضاه مجارياً فى ذلك القضاء المصرى .

يستفاد من هذا النص أن ما قررناه بشأن الصلح ، يصدق أيضاً على كل إتفاق يتم بين الخصوم أمام القضاء ، مثال ذلك إثبات قسمة ودية اتفق عليها الشركاء أمام المحكمة .

على ضوء ما تقدم يظهر لنا وجوب استناد الدائن فى طلب الاختصاص إلى ثبوت حقه بمقتضى حكم صادر من جهة لها ولاية القضاء، ويصدق هذا الوصف على كل جهة تستمد ولايتها من القانون المصرى ، دون تفرقة بين محكمة مدنية أو جنائية ، ما دامت الشروط الأخرى التى استلزمها المشرع متوافرة فى الحكم الصادر من هذه المحكمة (١) .

الحكم الصادر من محكمة أجنبية : أجازت المادة ١٠٨٦ أخذ اختصاص بناء على حكم صادر من محكمة أجنبية ، بشرط أن يصبح هذا الحكم واجب التنفيذ. لا يجوز إذن أخذ اختصاص فى مصر على عقار مملوك للمدين ، إلا إذا وضع على الحكم الأمر بالتنفيذ وفقاً للاجراءات التى رسمها قانون المرافعات (المواد ٤٩١ وما بعدها) مع مراعاة المعاهدات التى تعقد فى هذا الشأن وتكون مصر طرفا فيها (٢).

ويتجه الفكر الراجح فى القانون الدولى الخاص إلى أنه لا يجوز ترتيب اختصاص بناء على حكم أجنبى لا يجيز قانون القاضى الذى أصدره أخذ اختصاص بمقتضاه. وتطبيقاً لذلك يشترط لتقرير اختصاص على عقار كائن فى مصر بمقتضى حكم أجنبى ، أن يكون قانون القاضى الذى أصدر الحكم يعترف بنظام الاختصاص (٣).

---

(١) على هذا النحو يجوز أخذ اختصاص بمقتضى حكم صادر من محكمة مدنية أو تجارية ، ومن محاكم الأحوال الشخصية ، ومن المحاكم الجنائية أيضاً ضماناً للوفاء بما تقضى به من تعويض وغرامة ومصروفات . بل ويجوز تقرير الاختصاص أيضاً ضماناً لما تقضى به محاكم القضاء الإدارى من تعويضات . وقد أثير الجدل بشأن الأحكام الصادرة من محاكم عسكرية ، والراجح عدم جواز تقرير اختصاص بمقتضاها ، على أساس أن ولايتها قاصرة على الأشخاص ، ولا تمتد آثارها إلى الأموال حتى ولو قضت بجزاءات مالية (راجع انسكلوبيدى دالloز ج ٢ ص ٩٦٣ فقرة ١٤) .

(٢) راجع الدكتور محمد حامد فهمى فقرة ٧٤ .

(٣) راجع فى هذا المعنى بلانيول وريبير وبيكيه ج ١٢ فقرة ٥٨٩ — بودان وفوا وان =

قرارات المحكمين : القرار الصادر من المحكمين لا يصدق عليه وصف الحكم ، وعلى هذا النحو لا يجوز فى الأصل الحصول على اختصاص بمقتضاه .

ولكن هذا القرار يرتفع إلى مرتبة الأحكام من حيث جواز تقرير الاختصاص ، إذا أصبح واجب التنفيذ (م ١٠٨٦ من التقنين المدنى) .

فاذا كان القرار صادرا فى مصر ، صار واجب التنفيذ بأمر يصدره قاضى الأمور الوقتية بالمحكمة التى أودع القرار فى قلم كتابها ، بناء على طلب أحد ذوى الشأن ، وذلك بعد الاطلاع على القرار ومشارطة التحكيم والتثبت من عدم وجود ما يمنع من تنفيذه . ويوضع أمر التنفيذ بذيل أصل القرار (م ٨٤٤ مرافعات) (١) .

أما إذا كان القرار صادرا فى دولة أجنبية ، وجب إخضاعه للقواعد الخاصة بنفاذ الأحكام فى مصر . فيشترط لجواز طلب اختصاص بمقتضاه أن يحصل الدائن على أمر بتنفيذه وفق ما جاء فى نص المادة ٤٩١ وما بعدها من تقنين المرافعات .

١٤١ — يجب أن يكون الحكم واجب النفاذ :

أضيف هذا الشرط فى المرحلة التى وصل فيها مشروع القانون المدنى إلى لجنة القانون المدنى بمجلس الشيوخ (٢) . وبذلك لا يجوز أخذ اختصاص بحكم

= ج ١٤ فقرة ٧٥٨ – ليروبور بيجونيير «الموجز فى القانون الدولى الخاص فقرة ٣٥٤ – عز الدين عبد الله «القانون الدولى الخاص المصرى ج ٢ فقرة ١٢٠ وما بعدها .

(١) يتجه الرأى الراجح فى فقه القانون المدنى إلى أن قرار المحكمين لا يصدق عليه وصف الحكم ، رغم أن تقنين المرافعات لا يستخدم لفظ قرار ، وإنما يعبر عنه بحكم المحكمين . وقد يؤيد هذا الفقه أن المشرع نفسه استلزم لتقرير الاختصاص ، أن يشفع هذا القرار بأمر تنفيذ صادر من المحكمة المختصة . راجع بلانيول وريبير وبيكيه المرجع السابق ج ١٢ فقرة ٥٩٠ .

(٢) جاء فى تقرير اللجنة أن إضافة هذا الشرط قصد به «قصر حق الاختصاص على الدائن الذى يكون بيده حكم قابل للتنفيذ ، وبهذا لا يكون هناك مجال لتفاضل الدائنين فيما بينهم بمجرد المبادرة إلى رفع الدعوى بل تكون الأفضلية معقودة للدائن الذى يملك التنفيذ . ويكون حق الاختصاص بمثابة ضمان للدائن فى استيفاء دينه وأداة تيسير بالنسبة إلى المدين ، لأن من يحصل على حق الاختصاص قد يرتضى إرجاء التنفيذ ما دام قد آمن بالاختصاص على حقه » .

إلا إذا كان واجب النفاذ ، ويتوافر ذلك فى حالتين : —

١ — إذا كان الحكم حائزاً لقوة الأمر المقضى به : وتتوافر هذه القوة للحكم الانتهائى ، سواء كان حضورياً ، أم غيابياً وكان الطعن فيه بالمعارضة غير جائز أو أصبح كذلك بفوات الميعاد . ويجوز أيضا تنفيذ الحكم الابتدائى الذى سقط حق الطعن فيه بالاستئناف .

ولا يمنع تنفيذ الحكم ، وبالتالى صلاحيته لتقرير الاختصاص ، جواز الطعن فيه بالنقض أو التماس إعادة النظر . ولكن يزول أثر التنفيذ وينقضى الاختصاص إذا طعن فيه بأحد هذين الطريقين ، وقضى بقبول الطعن (١) .

٢ — إذا كان الحكم مشمولا بالنفاذ المعجل : أجاز المشرع على سبيل الاستثناء ، تنفيذ بعض الأحكام التى لم تتوافر فيها قوة الأمر المقضى به ، وذلك لاعتبارات متعددة استأثر بتقديرها . ويوصف هذا التنفيذ أيضاً بأنه مؤقت ، باعتبار أن مصيره مرتبط بمصير الحكم ذاته . وأيا ما كان الأمر فالحكم المشمول بالنفاذ المعجل ، يجوز تقرير اختصاص بمقتضاه ، إذا توافرت فيه الشروط الأخرى التى استلزمها القانون .

على أنه إذا ألغى هذا الحكم من محكمة المعارضة أو محكمة الاستئناف يمتنع المضى فى تنفيذه ، ويسقط ما يكون قد تم من إجراءات ، وبالتالى أيضاً ينقضى حق الاختصاص الذى حصل عليه الدائن .

اتجه جانب من الفقه (٢) إلى أن هذا الشرط الذى أضيف فى لجنة القانون

---

(١) أجيز لمحكمة النقض فى تقنين المرافعات الجديد (م ٤٢٧ / ٢ ، ١) أن تأمر بوقف تنفيذ الحكم المطعون فيه إذا طلب منها ذلك فى تقرير الطعن وكان يخشى من التنفيذ وقوع ضرر جسيم يتعذر تداركه . وعلى هذا النحو يمتنع أخذ اختصاص فى الحالة التى تأمر فيها محكمة النقض بوقف التنفيذ.

(٢) يعلق هذا الاتجاه الفقهى على هذا الشرط الجديد بأنه حد من أهمية الاختصاص وذلك =

المدنى بمجلس الشيوخ ، قد أفقد الاختصاص مزاياه. فهو فى الأصل وسيلة تحفظية يلجأ اليها الدائن تأمينا لمركزه من مخاطر تصرف المدين فى أمواله . أما الآن وقد تحدد الاختصاص بالنسبة إلى الدائن المزود بحكم واجب النفاذ فقط ، فإن الاستعانة به عديمة الجدوى . فى وسع الدائن أن يباشر إجراء التنفيذ على العقار . ويترتب على تسجيل تنبيه نزع الملكية عدم سريان تصرف المدين فى العقـار . وبذلك تتضاءل قيمة الاختصاص .

ويبدو لنا أن إضافة هذا الشرط ، رغم وجاهة الاعتراض المتقدم ، تستجيب إلى الاتجاه السائد فى الفقه المعاصر بوجوب الحد من نظم التأمينات القضائية فى أضيق نطاق . ونظام الاختصاص فى ذاته تعرّض فى آخر مراحل إعداد مشروع القانون المدنى لنقد كاد يفضى إلى حذفه . والواقع أن تقرير الأفضلية لدائن لمجرد السبق فى الحصول على حكم ، لا ينهض وحده سندا معقولا للإخلال بقاعدة المساواة بين الدائنين . وعلى هذا النحو نعتقد أن إضافة هذا الشرط قصد به بصفة خاصة الحد من أهمية الاختصاص . فلا يحصل عليه إلا الدائن المـزود بحكم واجب النفاذ . وهو إن قنع بهذا الضمان ، ربما كان فى ذلك إغراء له على التراخى فى التنفيذ على المدين .

= للاعتبارات التى بيناها فى المتن . ويضيف أن التقنين المدنى الجديد بتنظيمه لشهر إعسار المدين ، قد كفل حماية الدائنين من تصرفاته وجعل كل اختصاص يتقرر على عقار مملوك له لا ينفذ فى مواجهتهم إذا أخذ بعد تسجيل صحيفة دعوى الإعسار ، وعلى هذا النحو تتحدد فائدة الاختصاص إذا كان المدين موسراً . وفى هذه الحالة لا يكون للأفضلية المترتبة على الاختصاص فائدة تذكر ما دام المفروض أن أموال المدين تفى بجميع ديونه . وإنما تظهر أهميته فى مزية التتبع ، إذ يجد فيها الدائن ما يغنيه عن الطعن فى تصرفات المدين بالدعوى البوليصية . فإذا اشترط لأخذ الاختصاص ، الانتفاع بمزية التتبع أن يكون حكم الدائن واجب التنفيذ لم تعد له أية مزية عملية . لأن الدائن الذى يملك التنفيذ يستطيع الاستغناء عن أخذ الاختصاص بالتنبيه على المدين بالوفاء وبتسجيل هذا التنبيه يمنع نفاذ تصرفات المدين فى حقه . أنظر فى بيان هذا الرأى سليمان مرقس فقرة ٢٠٢ ، وبصفة خاصة صفحة ٢٠٣ وما بعدها .

١٤٢ — يجب أن يكون الحكم صادرا فى موضوع الدعوى ، وملزما للمدين بشيء معين :

يهدف حق الاختصاص ، شأنه شأن أى تأمين آخر ، إلى تزويد الدائن بضمان خاص يكفل له تنفيذ الالتزام ، وإيثاره بمركز ممتاز يفضل به غيره من الدائنين .

على ضوء هذا الهدف لا يتقرر الاختصاص إلا بمقتضى حكم صادر فى موضوع الدعوى ، وملزم للمدين بشيء معين . وقد جاءت الصياغة الفرنسية لنص المادة ١٠٨٥ معبرة عن دلالة هذا الحكم condamnant le debiteur à une prestation determinée.

١ — الأصل إذن أن يكون الحكم صادراً فى موضوع الدعوى : وعلى هذا النحو يستبعد من نطـاق الاختصاص كافة الأحكام المتعلقة بسير الدعوى أو بإجراءات الإثبات وهى الأحكام التمهيدية والتحضيرية ، وذلك كالحكم بإجراء تحقيق أو تعيين خبير .

على أنه لا يشترط أن يكون قطعيا ، فقـد يصلح الحكم غير القطعى سندا لتقرير الاختصاص إذا صدر ملزما للمدين بأداء معين ، وذلك مثال الأحكام التى تصدر بنفقة موقتة . ويظل مصير الاختصاص مرتبطا بمآل النفقة ، فإذا قضى فيما بعد بانقاصها أو إلغائها انعكس أثر هذا الحكم على قدر الاختصاص أو بقائه .

على ضوء ما تقدم يمكن أن نضع معياراً مقتضاه أن كافة الأحكام الصادرة قبل الفصل فى الموضوع لا تصلح سندا لتقرير الاختصاص ، إلا إذا تضمنت فى جزء منها القضاء بإلزام المدين بأداء معين ، كنفقة موقتة أو إلزامه بمصروفات .

٢ — يجب أن يكون الحكم ملزما للمدين بشيء معين . وقد جاءت الصياغة الفرنسية التى سبق ذكرها أدق تعبيراً فى الدلالة على قصد الشارع من هذا الشرط . فالمقصود به هو أن يتضمن الحكم إلزام المدين بأداء معين . لعل الصورة المألوفة هى أن يكون الحكم صادراً بإلزام المدين بدفع مبلغ من النقود . إنما ليس ثمة ما يمنع من تقرير الاختصاص ضمانا لتنفيذ التزام صدر به حكم من القضاء ، أياما

كان نوع الأداء الملقى على عاتق المدين. وبذلك ينصرف هذا القول إلى الالتزام بعمل أو امتناع عن عمل. على أنه فى مثل هذه الصور يقرر المشرع فى المادة١٠٨٩ أنه إذا كان الدين المذكور فى الحكم غير محدد المقدار يتولى رئيس المحكمة الموجه إليه طلب الاختصاص، تعيين مقداره بصفة موقتة . ويقصد من هذا التعيين وضع حد أقصى للمبلغ الذى يؤخذ به الاختصاص .

ظاهر مما تقدم أن كل حكم يلزم المدين بتنفيذ التزام معين يصلح سنداً لتقرير الاختصاص . وقد استجاب المشرع فى ذلك إلى القواعد العامة التى تقضى بأن التأمينات تكفل التنفيذ العينى للالتزام ، وتظل باقية تضمن أيضا التنفيذ بمقابل أو عن طريق التعويض. ذلك أن هذا التنفيذ الأخير لا ينشىء التزاما جديدا فى ذمة المدين، بل هو مجرد استمرار للالتزام نفسه مع تغيير طريقة التنفيذ (١) .

ولكن المشرع راعى من ناحية أخرى الاتجاه العام فى وجوب تخصيص الالتزام المضمون بالتأمين العينى . وقد ظهر ذلك واضحاً فى دراستنا لتخصيص الرهن . وجاء صدى هذا المبدأ مرة أخرى فى الاختصاص، وتمثل فى وجوب تعيين حد أقصى للمبلغ المضمون به .

الحكم الصادر بصحة التوقيع : الغرض من دعوى صحة التوقيع ، هو الحصول على حكم يقوم مقام تصديق الموظف المختص على توقيع المتعاقد أمامه على العقد (٢). وهو بهذا الوصف لا يمس الحقوق والالتزامات الواردة فى التعاقد . بل إذا أراد الدائن الحصول على سند قضائى بإلزام المدين بتنفيذ التزامه، تعين عليه رفع دعوى جديدة واستصدار حكم ملزم للمدين بأداء معين . حينئذ فقط يصلح هذا الحكم سنداً لتقرير الاختصاص .

---

(١) راجع ما تقدم فقرة ٥ .

(٢) انظر حكم الدائرة المدنية لمحكمة النقض فى ٢١ إبريل سنة ١٩٥٥ منشور فى مجموعة المكتب الفنى السنة السادسة العدد الثالث رقم ١٣٤ ص ١٠٣٢ .

أما الحكم الصادر بصحة التوقيع فدلالته قاصرة لا تمس الأداء الملقى على عاتق المدين . ومن ثم حرص المشرع حسما لخلاف قديم على النص فى المادة ١٠٨٧ على أنه «لا يجوز الحصول على حق اختصاص بناء على حكم صادر بصحة التوقيع». والقول بغير ذلك يمكن الدائن من الحصول على ضمان لتنفيذ الالتزام ، قبل حلول أجل الوفاء به ، بل وربما قبل أن يثور أى نزاع بصدده ، وفى هذا انحراف بالاختصاص عن الطريق الذى ارتضاه له المشرع المصرى (١) .

الحكم الصادر بتقديم حساب : هذا الحكم يلزم المدين بأداء معين ، يتمثل فى القيام بعمل وهو تقديم الحساب . بهذا الوصف يصلح هذا الحكم سنداً لتقرير الاختصاص وذلك ضمانا لاستيفاء التعويضات التى قد تستحق فى ذمة المتعهد فى حالة امتناعه عن تقديم الحساب .

وقد أثير التساؤل بشأن الحالة التى قد يفضى فيها الحساب إلى مديونية المتعهد بتقديمه . فتساءل البعض هل يجوز أن يتقرر اختصاص بناء على حكم صادر بتقديم الحساب ، وذلك ضماناً للديون التى قد تنتج عنه . ذهب القضاء الفرنسى ، يؤيده بعض الفقه ، إلى أن الرهن القضائى جائز فى هذه الصورة . ويستند هذا الإتجاه إلى أن الالتزام بدفع المبالغ التى نتجت عن الحساب ، هو نتيجة حتمية وثيقة الصلة بالالتزام بتقديم الحساب ذاته ، وأن غاية الدائن هى فى الواقع تأمين حقه فى الحصول على هذه المبالغ (٢) .

على أن هذا النظر قد تعرض للنقد من جانب كبير من الفقه الفرنسى (٣). ذلك أن التفرقة ظاهرة بين الالتزام بتقديم حساب ، والالتزام الآخر الناشىء عن

---

(١) راجع مجموعة الأعمال التحضيرية جـ ٧ ص ١٦٩ .

(٢) أنظر أوبرى ورو جـ ٣ فقرة ٢٦٥ - بودان وفواران جـ ١٤ فقرة ٧٥٢ - كولان وكابيتان جـ ٢ فقرة ١٧٣٤ .

(٣) بلانيول وريبير وبيكيه جـ ١٢ فقرة ٥٨١ - ريبير وبولانجيه جـ ٢ فقرة ٤١٧٨ .

صافى الحساب . هذا الالتزام لم يصدر به حكم ومن ثم فلا يجوز أن يتقرر بمقتضاه رهن قضائى .

ويستجيب هذا الاتجاه الأخير إلى الشروط الأساسية فى تقرير حق الاختصاص فى مصر . وعلى هذا النحو يمكن القول إن الحكم بتقديم حساب يصلح سنداً لطلب الاختصاص ضماناً للتنفيذ العينى لهذا الالتزام . فإذا امتنع المحكوم عليه عن تقديم الحساب ، وألزم بتعويضات ، كان الاختصاص ضامنا لها . أما الالتزام الآخر الذى قد ينشأ فى ذمته برد ما تبقى من صافى الحساب ، فلا يجوز أخذ اختصاص ضمانا للوفاء به مادام لم يصدر به حكم وعلى هذا النحو ليس للدائن سوى أن يقنع بالانتظار حتى ينشأ الالتزام . وعندئذ يحق له أن يستصدر حكما بإلزام المدين بأداء ما استحق فى ذمته ، وهنا يتوافر له السند الذى يخول تقرير الاختصاص (١) .

وقد تضمن المشروع التمهيدى للقانون المدنى فقرة تسجل هذا الاتجاه المتقدم. ثم رؤى حذفها فى لجنة القانون المدنى بمجلس الشيوخ ، حتى يترك الأمر للقضاء يفصل فيه وفقاً لظروف كل حالة بخصوصها (٢) .

ثالثاً — محل الاختصاص

١٤٣ – محل الاختصاص عقار أو عقارات معينة مملوكة للمدين :

نصت المادة ١٠٨٨ من التقنين المدنى على أنه لا يجوز أخذ حق الاختصاص

---

(١) يؤيد الفقه المصرى هذا الاتجاه . راجع عبد الفتاح عبد الباقى فقرة ٣٨٩ — سليمان مرقس فقرة ٢٠٣ — شفيق شحاته فقرة ١٨١ .

ويذهب جانب من الفقه الفرنسى بالنسبة إلى الرهن القضائى أنه ليس ثمة ما يمنع من تقرير هذا الرهن ضماناً للوفاء بدين احتمالى ، وذلك على غرار الرهن الاتفاقى — بودان وفواران ج ١٤ فقرة ٧٥٢ — ديموج « طبيعة وآثار الحق الاحتمالى » مقال منشور فى المجلة الفصلية للقانون المدنى ١٩٠٦ بند ٢٨٥ وما بعده .

(٢) راجع مجموعة الأعمال التحضيرية ج ٧ ص ١٦٣ وما بعدها .

إلا على عقار أوعقارات معينة مملوكة للمدين وقت قيد هذا الحق وجائز بيعها بالمزاد العلنى » .

أول ما يراعى بشأن الاختصاص أنه لا يتناول إلا العقارات . وعلى هذا النحو تستبعد كافة الأموال المنقولة التى يمتلكها المدين من نطاق هذا التأمين القضائى .

ويلاحظ أيضاً أن المشرع قد أخضعه لمبدأ التخصيص ، فاشترط أن يقع على عقار أو عقارات معينة بالذات . بل وألزم الدائن طالب الاختصاص أن يذكر فى العريضة التى يتقدم بها بياناً يتصل بتعيين العقارات تعييناً دقيقاً وبيان موقعها (م ١٠٨٩ الفقرة الثانية) .

هكذا تجنب القانون المصرى عيوب الرهن القضائى فى فرنسا حيث يتسع وعاؤه لكافة ما يملك من عقارات ، بل ويمتد أيضاً إلى تلك التى يتلقى ملكيتها فى المستقبل .

بل وظهر حرص مشرعنا على التضييق من وعاء الاختصاص بأن منح للقضاء سلطة مستمرة فى أن يتناوله بالتعديل ، وذلك إما بقصره على جزء من العقار أو العقارات التى رتب عليها الاختصاص أو بنقله إلى عقار آخر .

أخيراً تنبغى الاشارة أن الاختصاص يخضع لكافة ما تقدم من أحكام بشأن الرهن الرسمى ، من حيث الشروط الواجب توافرها فى شخص الراهن ، والعقار المرهون ، وما يتصل به من ملحقات (١) .

على أنه جدير بالذكر أن نسجل الملاحظات الآتية : —

١ — إذا كان العقار مملوكاً للمدين وقت تقرير الاختصاص ، ثم تصرف فيه المدين ، وبادر إلى تسجيل هذا التصرف القانونى ، فإن قيد الاختصاص فى هذه الحالة لا ينتج أثره فى مواجهة الخلف الخاص للمدين . ويبدو من هذا الحكم أن

---

(١) راجع ما تقدم فى دراسة الرهن الرسمى فقرة ٤٠ وما بعدها ، فقرة ٥١ وما بعدها .

مصلحة الدائن تقتضى المبادرة بإجراء القيد فور تقرير الاختصاص، وذلك حتى يفوت على المدين فرصة الإفلات من إثقال العقار بهذا التأمين، بالتصرف فيه إلى الغير (١).

٢ - اكتفى المشرع بصدد الاختصاص بوجوب أن يكون العقار مما يجوز بيعه بالمزاد العلنى، فلم يضف الشرط الوارد فى الرهن الرسمى الذى يقضى بأن يكون العقار أيضاً مما يجوز التعامل فيه. وقد أشارت لجنة المراجعة بحذفه فى المادة الواردة فى الاختصاص، استناداً إلى أن جواز البيع بالمزاد العلنى يغنى عن اشتراط جواز التعامل فيه (٢).

رابعا - الحالات التى يمتنع فيها تقرير الاختصاص :

قد تتوافر كافة الشروط المتقدمة، ومع ذلك يمتنع على الدائن أن يأخذ اختصاص على عقار من عقارات مدينه، أو فى القليل يقع هذا الاختصاص عديم الأثر بالنسبة إلى الغير. ويتحقق ذلك فى حالتين نص عليهما التقنين المدنى الجديد، وهما تسجيل صحيفة دعوى اعسار المدين، ووفاته، وسنعرض لهما فيما يلى.

١٤٤ - تسجيل صحيفة دعوى اعسار المدين :

نصت الفقرة الثانية من المادة ٢٥٦ من التقنين المدنى على ما يأتى « لا يجوز أن يحتج على أحد الدائنين الذين يكون لهم حقوق سابقة على تسجيل صحيفة دعوى الإعسار بأى اختصاص يقع على عقارات المدين بعد هذا التسجيل ».

أراد المشرع المصرى بهذا الحكم أن يحقق المساواة الفعلية بين الدائنين فى

---

(١) وفى هذا الشأن كان المشروع التمهيدى يتضمن نصاً فيه حماية لمصلحة الدائن . وقد جاء فيه ما يأتى «على قلم الكتاب أن يبادر إلى قيد الأمر أو الحكم الصادر بالاختصاص . وفى كل حال يجب أن يتم فى نفس اليوم الذى صدر فيه الأمر أو الحكم» . وقد تليت هذه المادة أمام لجنة المراجعة فرأت حذفها . أنظر مجموعة الأعمال التحضيرية ج ٧ ص ١٨٤ .

(٢) راجع ما تقدم ص ١٥٧ هامش ٢ .

نظام الإعسار المدنى (١) . وهو فى هذا الشأن قد خشى أن يبادر دائن بتقرير اختصاص على عقارات مدينه ، عن طريق الإجراءات الفردية التى لا ينقطع حقه فيها (م ٢٥٦ فقرة ٢) . وبذلك يكتسب حقا يكفل له أن يتقدم على غيره من الدائنين . وإذا أجيز تقرير الاختصاص على النحو المتقدم ، ترتب على ذلك الإخلال بقاعدة المساواة ، ومنح الأفضلية لكل دائن مزود بحكم واجب النفاذ .

لهذه الاعتبارات قضى التقنين الجديد بعدم الاحتجاج على الدائنين الذين يكون لهم حقوق سابقة على تسجيل صحيفة دعوى الإعسار بأى اختصاص يقع على عقارات المدين بعد هذا التسجيل . فإذا بادر دائن بيده حكم واجب النفاذ إلى أخذ حق اختصاص ، فإن ذلك الحق لا ينفذ فى مواجهة الدائنين ذوى التواريخ السابقة على تسجيل صحيفة الإعسار .

على أن مصلحة الدائن قد تتوافر رغم ذلك فى تقرير الاختصاص ، حتى إذا ما انتهت حالة الإعسار بسبب من أسباب انتهائها ، واستجد للمدين دائنون آخرون كان حق الاختصاص نافذاً فى مواجهة هؤلاء الدائنين اللاحقين .

أخيراً تنبغى الإشارة إلى أمر هام وهو أن الحكم الوارد فى نص المادة ٢٥٦ ينصرف إلى الاختصاص الذى يستصدر الدائن أمراً به بعد تسجيل صحيفة دعوى الإعسار . وحكمة المشرع كما قدمنا هى الحرص على أن يكفل لقاعدة المساواة تطبيقاً مأموناً فى تلك الفترة الحرجة التى يجتازها المدين فى حياته القانونية . وقد أراد بصفة خاصة أن يفوت على الدائن استغلال توافر سند قضائى لديه يهيىء له التقدم على غيره من الدائنين .

أما إذا صدر أمر القاضى بالاختصاص فى تاريخ سابق على تسجيل صحيفة دعوى الإعسار ، فالرأى عندنا أن هذا التأمين القضائى يجوز أن ينتج آثاره لأنه

---

(١) راجع ما تقدم ص ٢٢٠ فى أثر إعسار المدين غير التاجر فى سريان قيد الرهن . انظر أيضاً السنهورى الوسيط الجزء الثانى ص ١٢٤٠ فقرة ٧١٤ .

وقع فى فترة يجوز لكل دائن خلالها أن يحصل على مركز ممتاز يفضل به غيره من الدائنين وتطبيقاً لهذا النظر، إذا صدر الأمر بالاختصاص قبل تسجيل صحيفة دعوى الاعسار ، جاز للدائن الاستفادة منه ، وإجراء قيده حتى ولو تم ذلك فى تاريخ لاحق على تسجيل صحيفة دعوى الاعسار (١) .

ولكن يراعى أيضاً وجوب توافر حسن نية الدائن وهو بسبيل طلب الاختصاص . فإذا كان قد أقدم عليه بعد أن استشعر اضطراب حالة المدين المالية ووقوعه فى الاعسار، جاز القول بأن هذا الدائن سيء النية. إذ أنه قد بادر إلى الحصول على اختصاص حتى يتقدم سائر الدائنين الآخرين . ومن باب أولى يقع هذا الاختصاص عديم الأثر إذا كان المدين هو الذى استحث الدائن على طلبه ، حرصاً منه على إيثاره دون غيره من الدائنين. هنا يتوافر التواطؤ، ويثبت الغش فيلزم القول بعدم سريان كافة ما يفضى إليه من آثار قانونية حتى ولو حملت طابعاً مشروعاً (٢) .

١٤٥ - وفاة المدين :

نصت المادة ١٠٨٥ فى فقرتها الثانية على أنه « لا يجوز للدائن بعد موت المدين أخذ اختصاص على عقار فى التركة » .

غنى عن البيان أن الحكم الورد فى نص هذه المادة قصد به تحقيق المساواة بين دائنى المورث ، وحرمان أى دائن من الحصول على مركز ممتاز فى تاريخ لاحق على وفاة المدين .

ولكن يلاحظ فى هذا الصدد أن الخطر المتقدم ينصرف إلى الدائن الذى يبادر فور وفاة مدينه باستصدار أمر من القضاء بتقرير الاختصاص . أراد المشرع أن يمنع هذه المحاولة ، لأنها تفضى إلى تمكين دائن مزود بحكم واجب النفاذ ، من التقدم على غيره من الدائنين فى فترة حرص المشرع خلالها على كفالة المساواة بين جميع الدائنين العاديين .

---

(١) راجع ما تقدم ص ٢٢٢ هامش ١ ، فقرة ١٣٥ هامش ٢ . وانظر فى هذا المعنى محمود جمال الدين زكى ص ٤٤٨ .

(٢) أنظر فى تفصيل مبدأ أن الغش يفسد كل أمر ، فقرة ٦٨ مكرر ، فقرة ٨٤ .

أما إذا كان الاختصاص قد صدر الأمر به قبل وفاة المدين، ثم تراخى الدائن فى إجراء قيده، فليس ثمت ما يمنع من أن يسمح له بهذا القيد حتى ولو تم بعد وفاة المدين (١). ذلك أن الدائن يكتسب على العقار حقاً عينياً بمجرد صدور أمر القاضى، أما القيد فهو إجراء لازم لسريانه فى مواجهة الغير، ولا تعتبر الوفاة سبباً لإيقاف آثاره. وموقف صاحب الاختصاص هنا، يماثل تماماً موقف الدائن المرتهن الذى يكتسب رهناً على عقار ثم يموت المدين. وقد رأينا فى هذا الصدد أن الوفاة لا تمنع قيد الرهن (٢).

خلاصة ماتقدم إذن أن المشرع قد منع استصدار أمر من القاضى بالاختصاص بعد وفاة المدين، ولكن هذا الحظر لا ينصرف إلى اختصاص حصل عليه قبل هذا التاريخ. ولكنه تراخى فى إجراء قيده إلى ما بعد الوفاة. هذا القيد اللاحق يقع صحيحاً ويكسب صاحب الاختصاص المرتبة التى يخولها له (٣).

---

(١) أنظر فى هذا المعنى الدكتور عبد الفتاح عبد الباقى ص ٥٠٨ فقرة ٣٩٢.

(٢) راجع ما تقدم ص ٢٢٢، وانظر بصفة خاصة فقرة ١٣٥ هامش ٢.

(٣) تنبغى فى هذا الصدد الإشارة إلى حكم هام قد يقلل من أهمية قيد الاختصاص والذى يتم فى تاريخ لاحق على الوفاة. فقد أوجب المشرع (م ١٤ شهر عقارى، م ٩١٤ مدنى) على الدائنين جميعاً التأشير بديونهم على هامش تسجيل حق الإرث. فإذا تم هذا التأشير فى خلال سنة من تاريخ حق الإرث، جاز للدائن الذى أشر بحقه أن يحتج به على كل من تلقى حقاً عينياً من الوارث على عقار من عقارات التركة، ولو كان المتصرف اليه قام بشهر حقه قبل التأشير بحق الدائن. أما إذا أشر الدائن بحقه بعد مضى سنة على تسجيل حق الإرث، فإن المفاضلة بينه وبين مكتسب الحق العينى عن الوارث تكون على أساس الأسبقية فى الشهر.

ظاهر مما تقدم أن الدائن إذا بادر بالتأشير بدينه على النحو المتقدم، لا يسرى فى مواجهته تصرف الوارث فى العقار، حتى ولو كان دائناً عادياً. وعلى هذا النحو يحقق هذا التأشير مزايا التأمين العينى من حيث تمكين الدائن من تعقب العقار حتى ولو انتقل إلى يد الغير. ولكن ذلك لا يمنع أن قيد الاختصاص تظل فائدته جليلة، لأنه يكفل للدائن المزود به أفضلية يتقدم بها على الدائنين العاديين للمورث، بل وكل دائن اكتسب تأميناً خاصاً على العقار إذا تراخى فى القيد فأجراه فى تاريخ لاحق على قيد الاختصاص.

أخيراً تنبغى الأشارة إلى صورة خاصة قريبة الشبه بالاختصاص تجيز إيقاع تأمين قضائى على عقار مملوك للمدين بعد وفاته . وقد وردت فى نص المادة ٨٩٥ بشأن التصفية الجماعية المنظمة للتركات . ويعرض حكمها فى حالة ما إذا كانت التركة موسرة ، وآثر بعض الورثة الإبقاء على آجال الديون المستحقة عليها . حينئذ توزع المحكمة الديون المؤجلة من أموال التركة ، بحيث يكون النصيب الذى يختص به كل وارث فى مجموع ديون التركة المؤجلة وفى مجموع أموالها معادلا لصافى حصته فيها .

أراد المشرع أن يقرر للدائن صاحب الدين المؤجل ضماناً خاصاً يكفل له وفاء دينه ، فأجاز للمحكمة فى المادة ٨٩٥ أن ترتب لكل دائن تأميناً كافياً على عقار أومنقول من الأموال التى وقعت فى نصيب الوارث الذى اختص بدينه. وظاهر من هذا الحكم أننا بصدد تأمين قضائى من نوع خاص . فهو إذا ورد على عقار يقترب من حق الاختصاص . ولكنه يختلف عنه فى أن حق الدائن مؤجل ولم يصدر به حكم واجب النفاذ (١) .

خلاصة القول مما تقدم أن الحالات التى لا يجوز فيها تقرير الاختصاص تتوافر بتسجيل صحيفة دعوى الاعسار ، وينصرف الحظر إلى الدائنين الثابتة حقوقهم قبل هذا التاريخ . وتتحقق ثانياً بوفاة المدين مع مراعاة جواز قيد اختصاص صدر الأمر به قبل الوفاة ، وملاحظة التأمين القضائى الخاص الذى جاء حكمه فى المادة ٨٩٥ (٢) .

---

(١) أما إذا ورد هذا التأمين على منقول فهو يقترب من الرهن الحيازى ولكن يختلف عنه من حيث مصدره .

(٢) جدير بالإشارة الحظر الذى جاء فى القانون رقم ٥٩٨ لسنة ١٩٥٣ بشأن أموال أسرة محمد على المصادرة . فقد جاء فى المادة الثامنة منه ما يأتى «تنتقل الأعيان التى آلت ملكيتها للدولة نتيجة لقرار المصادرة مثقلة بالتأمينات التى كانت مثقلة بها قبل هذا القرار لصالح أصحاب =

المبحث الثانى

(الاجراءات التى يجب اتباعها لتقرير الاختصاص)

١٤٦ ـ الاختصاص يتقرر بأمر من القاضى بمقتضى سلطته الولائية :

الوظيفة الأساسية للقاضى هى الفصل فى الخصومات . والأصل هو قصر نشاطه فى حدود هذه السلطات . ولكن المحاكم فى مصر تباشر إلى جانب ذلك وظيفة تنحرف بها عن سلطاتها الأصلية، ويعبر عنها بأنها تصدر أوامر ولائية . وقد روعى فى إسناد مثل هذه الأعمال إلى القاضى ما يتوافر فيه من ضمانات وما يفترض لديه من خبرة ودراية بالقانون .

ومن الأمثلة على هذه الأعمال الأمر الصادر بتقرير اختصاص بناء على طلب الدائن على عقار مملوك للمدين. وهو يصدر فى صورة أمر على عريضة من رئيس المحكمة الابتدائية التى تقع فى دائرتها العقارات المراد تقرير الاختصاص عليها .

وظاهر أن عمل القاضى هنا لا يتضمن فصلا فى خصومة ، بل هو يصدر أمراً يقرر للدائن بمقتضاه حقاً عينياً تبعياً على عقار المدين . وقد كانت هذه السلطة حجة أساسية استعان بها جانب من الفقه فى فرنسا لتوجيه النقد إلى نظام الرهن القضائى . فالقاضى بحكم وظيفته يختص بحسم الأمر فى حقوق متنازع عليها، ولكن لا يدخل فى ولايته تقرير الحقوق العينية على أموال الأفراد (١) .

= الديون التى تكفل هذه التأمينات حقوقهم بالنسبة لحساب مرتبتهم دون حاجة إلى اتخاذ إجراءات تجديد القيد لحفظ هذه المرتبة ، ولا يجوز الحصول على حق اختصاص على عقار من العقارات المصادرة ، ويقع غير نافذ فى حق باقى الدائنين كل اختصاص أخذ بعد ٨ نوفمبر سنة ١٩٥٣» . ويسرى حكم هذه المادة على القانون رقم ٦٤٨ لسنة ١٩٥٣ بشأن الأموال المصادرة من محكمة الثورة وأموال الأحزاب المنحلة مع استبدال عبارة (٨ نوفمبر ١٩٥٣) فى القانون الخاص بمصادرة أموال أسرة محمد على» بعبارة «تاريخ نشر الإعلان الصادر بمصادرة أموال الأحزاب أو التاريخ الذى نشر فيه الحكم من محكمة الثورة» .

(١) بيير رينو إنسكلوبيدى داللوز ج ١ ص ٩٦١ بند ٥ وما بعده .

وأيا ما كان الأمر فلا شك أن القاضي خير من يعهد إليه بهذه الوظيفة ، إذا أقر المشرع نظام التأمينات القضائية . وعلى هذا النحو جاء تنظيم التقنين المدنى الجديد لإجراءات تقرير الاختصاص ، قائماً على إسنادها إلى جهة القضاء على النحو الذى سنبينه الآن .

١٤٧ - الخطوات التى يجب اتباعها لتقرير اختصاص :

تبدأ هذه الإجراءات بعريضة تتضمن بيانات معينة ، يقدمها الدائن إلى رئيس المحكمة الابتدائية الواقع فى دائرتها محل العقار . ثم ينظر رئيس المحكمة فى هذه العريضة ، فإن أقر الدائن على طلبه أصدر أمره على العريضة بتقرير الاختصاص. عندئذ يقع على عاتق قلم الكتاب إعلان المدين بالأمر . وهنا ينفتح أمامه سبيل التظلم منه ، وعلى ضوء موقف المدين والفصل فى التظلم يتحدد مصير الاختصاص.

على ضوء ماتقدم نعالج الخطوات التى يجب اتباعها لتقرير الاختصاص ، وهى خلاصة الأحكام التى أوضح المشرع معالمها فى المواد ١٠٨٩ وما بعدها من التقنين المدنى .

١٤٨ - تقدم الدائن بعريضة تتضمن بيانات معينة الى رئيس المحكمة الابتدائية المختصة :

نصت المادة ١٠٨٩ أن « على الدائن الذى يريد أخذ اختصاص على عقارات مدينه أن يقدم عريضة بذلك إلى رئيس المحكمة الابتدائية التى تقع فى دائرتها العقارات التى يريد الاختصاص بها » .

فإذا وقعت هذه العقارات فى دوائر محاكم متعددة ، وجب توجيه العريضة إلى رؤساء كل منها فى حدود ولايته . والأمر الصادر من رئيس المحكمة باختصاص على عقار لايقع فى دائرة محكمته يكون عديم الأثر لصدوره من غير ذى ولاية .

هذه العريضة يجب أن تكون مصحوبة بصورة رسمية من الحكم أو بشهادة

من قلم الكتاب مدون فيها منطوق الحكم . وظاهر أن هذا الشرط أساسى ، فهو يلزم الدائن بتقديم السند القضائى الذى يريد أخذ الاختصاص بمقتضاه .

ويجب أيضاً أن تتضمن العريضة بيانات متعددة ، قريبة الشبه بتلك التى استلزمها القانون فى عقد الرهن الرسمى وبصفة خاصة فى قائمة القيد . ويظهر منها أن المشرع استجاب بصدد الاختصاص إلى مبدأ تخصيص التأمين العينى :

١ - اسم الدائن ولقبه وصناعته وموطنه الأصلى والموطن المختار الذى يعينه فى البلدة التى يقع فيها مقر المحكمة .

٢ - اسم المدين ولقبه وصناعته وموطنه .

٣ - تاريخ الحكم وبيان المحكمة التى أصدرته .

٤ - مقدار الدين ، فإذا كان الدين المذكور فى الحكم غير محدد المقدار ، تولى رئيس المحكمة تقديره مؤقتا وعين المبلغ الذى يؤخذ به حق الاختصاص . وظاهر أن هذا البيان يستجيب إلى مبدأ تخصيص التأمين العينى بالنسبة إلى الالتزام المضمون .

٥ - تعيين العقارات تعييناً دقيقاً وبيان موقعها مع تقديم الأوراق الدالة على قيمتها . وهنا يتمثل حرص المشرع على التمسك بمبدأ التخصيص بالنسبة إلى العقار المحمل بالتأمين القضائى . على أنه مما يؤسف له حذف بيان ورد فى المشروع التمهيدى كان يقضى بتقديم ما يثبت ملكية المدين للعقارات المراد تقرير الاختصاص عليها . وكان فى هذا البيان تيسير للقاضى وهو بسبيل فحص العريضة المقدمة إليه (١) .

ويلاحظ أن المشرع استلزم تقديم سندات تمكن القاضى من تقدير قيمة العقار . ولهذا الشرط حكمة أساسية تتصل بسلطان القاضى فى الحد من وعاء الاختصاص بالقدر الذى يراه كافياً فقط لضمان الوفاء بالالتزام .

---

(١) راجع مجموعة الاعمال التحضيرية ج ٧ ص ١٦٩ .

١٤٩ – الاختصاص يتقرر بأمر من رئيس المحكمة – سلطته في هذا الشأن :

يجوز لرئيس المحكمة أن يرفض طلب الاختصاص المقدم من الدائن . وعندئذ يحق للدائن أن يتظلم من الرفض . ويتجه في هذا السبيل إلى المحكمة الابتدائية منعقدة بهيئتها كاملة (م ١٠٩٣ من التقنين المدني) . ورفض الاختصاص قد يقع فور تقديم العريضة ، وقد يأتي على أثر صدور الأمر به ثم تظلم المدين من الأمر وقبول هذا التظلم . وأيا ما كانت صورة الرفض فحق الدائن يظل مكفولا بنص القانون في التظلم منه بالطريقة المتقدمة .

أما إذا قبل رئيس المحكمة تقرير الاختصاص ، فهنا يعبر عن هذا القبول بأمر يصدره ، ويدون في ذيل العريضة المقدمة من الدائن .

ويلاحظ أن القانون قد منح رئيس المحكمة سلطات مرنة في التعديل من طلبات الدائن ، وبصفة خاصة بالنسبة إلى تحديد وعاء الاختصاص . إذ يجب عليه عند الترخيص به أن يراعي مقدار الدين وقيمة العقارات المبينة بالعريضة ، وعند الاقتضاء يجعل الاختصاص مقصوراً على بعض هذه العقارات أو على واحد منها فقط أو على جزء من أحدها ، إذا رأى أن ذلك يكفي لتأمين الوفاء بأصل الدين والفوائد والمصروفات المستحقة للدائن .

١٥٠ – واجبات قلم الكتاب بعد صدور الأمر بالاختصاص :

وضع المشرع أحكاماً في هذا الصدد ترمي إلى تفويت الفرصة على دائن ماكر يسعى إلى تقرير اختصاص على عقارات تجاوز قدر حاجته لضمان الوفاء بالالتزام .

لهذه الاعتبارات المتقدمة أوجبت المادة ١٠٩١ على قلم كتاب المحكمة الصادر منها الاختصاص أن يؤشر بأمر صدوره على صورة الحكم أو الشهادة التي تقدم بها الدائن كسند لتقرير الاختصاص . فإذا تقدم الدائن بهذه الصورة أو الشهادة

إلى رئيس محكمة أخرى لطلب اختصاص بها على عقارات تقع فى دائرة هذه المحكمة ، تسنى لرئيسها أن يدخل فى تقديره قيمة العقارات التى سبق للدائن أخذ اختصاص عليها .

وقد أمعن المشرع فى الاحتياط ، فخشى أن يخفى الدائن صورة الحكم أو الشهادة التى أخذ بها الاختصاص الأول ، وأن يستعمل فى طلب اختصاص جديد صورة أو شهادة أخرى يحصل عليها ، فأوجب أيضاً على قلم كتاب المحكمة التى صدر منها الاختصاص أن يخطر قلم كتاب المحكمة الصادر منها الحكم الذى يستند إليه الدائن . ويتحقق بهذا الإخطار هدف المشرع ، حيث يلتزم قلم كتاب المحكمة الأخيرة بالتأشير بالاختصاص على كل صورة أو شهادة يسلمها للدائن (م ١٠٩١ من التقنين المدنى) .

أخيراً قدر المشرع أن الأمر بالاختصاص قد يصدر فى غيبة المدين ودون علمه ، فألزم قلم كتاب المحكمة باعلان المدين بالأمر الصادر بالاختصاص فى نفس اليوم الذى يصدر فيه هذا الأمر .

١٥١ - تظلم المدين من الأمر - تحديد مصير الاختصاص :

قد يتوافر لدى المدين أسباب ودفوع تؤدى إلى اقناع القاضى بالعدول عن أمره بالاختصاص . من ذلك مثلا أن يكون الحكم الذى تقرر الاختصاص بمقتضاه قد افتقد شرطا من شروطه الأساسية . كأن يطعن فيه بالنقض أو التماس إعادة النظر ويقبل هذا الطعن . وقد يحتج المدين بأدائه للالتزام الملقى على عاتقه ، أو بانقضاء هذا الالتزام لأى سبب من الأسباب القانونية للانقضاء . بل وقد يقدر المدين أن العقارات التى تقرر عليها الاختصاص تجاوز حاجة الدائن لضمان استيفاء حقه .

فى كل هذه الصور المتقدمة وغيرها ، فتح المشرع السبيل أمام المدين للتظلم من أمر الاختصاص. فأجاز له أن يلجأ فى هذا الشأن إما إلى القاضى الآمر به ، أو أن يرفع التظلم إلى المحكمة الابتدائية منعقدة بكامل هيئتها .

ويجب على المدين أن يخطر الدائن بالحضور أمام الجهة التى رفع أمامها التظلم. وهنا تبدو أهمية تعيين موطن مختار للدائن فى دائرة المحكمة . فاذا تخلف هـذا البيان جاز إعلانه فى موطنه الأصلى .

على ضوء الفصل فى التظلم يتحدد مصير الاختصاص . ويجب أن يتم هذا الفصل على وجه السرعة . وقد تستجيب جهة التظلم إلى طلبات المدين فتلغى الاختصاص . وقد تقنع فقط بقصره على بعض عقارات دون الأخرى . وأخيراً قد تبقى عليه كما صدر الأمر به من رئيس المحكمة الابتدائية .

فاذا تضمن رأى جهة التظلم تعديلا فى أمر الاختصاص ، أوجب المشرع التأشير على هامش القيد(إذا كان الدائن قد أجراه) بكل أمر أو حكم قضى بإلغاء الأمر الصادر بالاختصاص (المادة ١٠٩٢ الفقرة الثانية) . وينبغى أيضا اتخاذ هذا الإجراء إذا صدر الأمر أو الحكم بشأن التظلم بتحرير بعض العقارات من الاختصاص الذى تقرر عليها .

الفصل الثانى

آثار الاختصاص

١٥٢ – الاختصاص الذى تم شهره وفقا للقانون يخضع لاحكام الرهن الرسمى – احالة :

نصت المادة ١٠٩٥ على ما يأتى « يكون للدائن الذى حصل على حق الاختصاص نفس الحقوق التى للدائن الذى حصل على رهن رسمى ، ويسرى على الاختصاص ما يسرى على الرهن الرسمى من أحكام وبخاصة ما يتعلق بالقيد وتجديده ومحوه وعدم تجزئة الحق وانقضائه . وذلك كله مع عدم الإخلال بما ورد من أحكام خاصة » .

يستفاد من نص هذه المادة أن الدائن الذى أخذ اختصاصاً على عقار أوبعض عقارات مدينه ، يتعين عليه أن يبادر بإجراء قيد هذا التأمين القضائى بالطريقة التى رسمها قانون تنظيم الشهر العقارى فى شهر الحقوق العينية التبعية .

فإذا تم إجراء القيد احتل الدائن صاحب الاختصاص مركزاً مماثلا للدائن المرتهن رهناً رسمياً . فهو يستطيع أن يستوفى حقه من المقابل النقدى للعقار المحمل بالاختصاص حسب مرتبة قيده ، وله أن يتعقب العقار فى مواجهة حائزه لمباشرة هذه الأفضلية . بل وتتحدد علاقته بالمدين أيضاً طبقاً للأحكام التى سبق بيانها فى علاقة الدائن المرتهن بالراهن .

الخلاصة إذن مما تقدم أن الدائن صاحب الاختصاص يكتسب حقاً عينياً تبعياً على العقار يزوده بالسلطات التى يفضى إليها هذا الحق . ولذا نحيل فى تفصيل آثار الاختصاص إلى ما سبق دراسته فى آثار الرهن الرسمى .

١٥٣ - خروج المشرع عن مبدأ الأسبقية فى القيد فى حالة الدائن سيىء النية :

الأصل فى التزاحم بين عدة دائنين أصحاب حقوق مقيدة على نفس العقار أن العبرة بالأسبقية فى القيد . على أن هناك استثناءات تحد من إطلاق هذا المبدأ أشرنا إليها فى دراسة تزاحم الدائن المرتهن رهناً رسمياً مع غيره من الدائنين (١).

ونشير بصفة خاصة بصدد الاختصاص إلى أن الدائن الذى يكتسب هذا الحق بسوء نية ، أى وهو عالم أن المدين قد تصرف فى العقار أو رهنه ، لايجوز له التمسك بالاختصاص فى مواجهة المتصرف إليه أو الدائن المرتهن ، حتى ولو قيد حقه قبل تسجيل التصرف أو قيد الرهن .

يتضمن هذا الحكم خروجاً ظاهراً عن مبدأ الأسبقية فى القيد عند تزاحم الدائنين أصحاب الحقوق المقيدة . وهو خروج يكشف عن اتجاه المشرع فى الحد من سريان آثار الاختصاص والتضييق من نطاقه .

١٥٤ — الاختصاص لايؤدى وظيفة ائتمانية .

ينبغى أن نلاحظ من دراستنا المتقدمة لإنشاء الاختصاص ، أن الدائن لا يسعى لاكتساب هذا التأمين القضائى إلا بمقتضى حكم واجب التنفيذ ملزم للمدين بأداء معين فى موضوع الدعوى . وهو بهذه المثابة ضمان خاص يختلف عن الضمانات الاتفاقية .

فقد تبين لنا من دراسة الرهن الرسمى أنه تأمين عينى يتقرر بسلطان الإرادة ، فيكسب المدين الثقة ، ويبعث الطمأنينة فى نفس الدائن . وهو على هذا النحو نظام قانونى يدعم الائتمان ، وييسر للمدين الحصول على آجال لتنفيذ التزاماته.

---

(١) راجع ما تقدم فقرة ١٠٠ وما بعدها .

ولما كانت هذه هى طبيعة الضمان الخاص الاتفاقى ، فإن ذلك يقتضى أن تطول علاقة الدائن المرتهن بالراهن، وأن تخضع هذه العلاقة لأحكام تنظمها. قوام هذه الأحكام أن المدين يظل متمتعاً بالأجل المقترن بالالتزام ، مادام التأمين سليما وكافياً لبعث الثقة فى نفس الدائن . ويحق للراهن ما بقى التأمين قائماً ، أن يباشر سلطات المالك على العقار المرهون . بشرط ألا ينحرف فى ذلك عن الحدود التى لا تلحق الضرر بالدائن المرتهن، وذلك على النحو الذى فصلناه فى دراستنا لآثار الرهن (١) .

أما الاختصاص فهو تأمين قضائى طارىء ، يلجأ إليه الدائن بعد أن يدرك الالتزام مرحلة حاسمة ، وذلك بصدور حكم به وإلزام المدين بأدائه . عندئذ قد يبادر الدائن بطلب الاختصاص ، حرصاً منه على استيفاء حقه فى القريب العاجل. وهو لا يسعى إليه إلا حيث تساوره المخاوف من أن مدينه غير مضمون اليسار . وأيا ما كان الأمر فالاختصاص فى تقديرنا لا يثير عادة علاقات ممتدة بين الدائن والمدين ، إلا فى الصورة التى يقنع فيها الدائن بهذا الضمان الذى حصل عليه ، فيمنح المدين أجلا للوفاء بالالتزام .

لهذه الإعتبارات المتقامة نجد أن الاختصاص فى الصورة المألوفة يكون مقدمة للتنفيذ على المدين ، يضمن فيه الدائن أفضلية تتحدد بمرتبة القيد .

---

(١) راجع ما تقدم فقرة ٧١ وما بعدها .

الفصل الثالث

إنقضـــــــاء الاختصاص وإنقاصه

١٥٥ ــ الاختصاص ينقضى بأسباب انقضاء الرهن الرسمى أو بالغاء الحكم الذى تقرر بمقتضاه :

القاعدة العامة التى وضعها المشرع أيضا فى م ١٠٩٥ أن الاختصاص ينقضى بنفس الأسباب التى يزول بها الرهن الرسمى . وفى هذا الصدد نحيل إلى ماسبق دراسته تفاديا للتكرار والإعادة (١) .

على أن هناك ملاحظات جديرة بالتسجيل تتصل بأسباب انقضاء خاصة ، ومردها إلى أن الاختصاص يستند فى تقريره إلى حكم ، ويستمد وجوده من أمر القاضى : ـــ

١ ــ بينا أن الحكم الذى يصلح سنداً لتقرير الاختصاص يجب أن يكون واجب التنفيذ. على أن توافر هذا الشرط لا يمنع من جواز تخلفه فى المستقبل. عندئذ ينقضى الاختصاص ، ويزول ماترتب عليه من آثار . ويتحقق ذلك فى حالتين . فقد يكون الحكم قابلا للطعن فيه بالنقض أو التماس إعادة النظر . فإذا طعن فيه وقبل هذا الطعن ، فهنا ينقضى الاختصاص . ويكون الحال كذلك إذا كان الحكم مشمولا بنفاذ معجل . ثم ألغى من محكمة المعارضة أو الاستئناف .

٢ ــ وقد يتقرر الاختصاص بأمر رئيس المحكمة الابتدائية ، ثم يتظلم إليه

---

(١) راجع ما تقدم فقرة ١٢١ وما بعدها .

المدين ، أو يرفع تظلمه إلى المحكمة بكامل هيئتها . فإذا صدر أمر رئيس المحكمة. أو حكمها إذا اجتمعت بكامل هيئتها ، بإلغاء الاختصاص الذى تقرر ، نكون أيضاً بصدد صورة من صور الانقضاء. على أنه يراعى أن إلغاء الاختصاص الصادر بأمر رئيس المحكمة ، يجوز للدائن أن يتظلم منه إلى المحكمة التابع لها .

١٥٦ - انقاص الاختصاص :

منح المشرع للقاضى سلطات واسعة فى إنقاص الاختصاص . وهو فى هذا الشأن حرص دائما على أن تكون العقارات التى يؤخذ عليها الاختصاص بالقدر الضرورى فقط لضمان الوفاء بالالتزام .

فاذا اختل التوازن بين قيمة العقارات المحملة بهذا التأمين القضائى ومقدار الدين المضمون ، جاز انقاص الاختصاص . مثال ذلك أن يكون قد تقرر منذ البداية على عقارات أكثر مما يلزم ، أو تكون قيمة العقارات المحمل بها ارتفعت قيمتها الاقتصادية ، أو أن يتم الوفاء بجزء كبير من الدين .

فى مثل هذه الصور المتقدمة أجاز المشرع فى المادة ١٠٩٤ انقاص الاختصاص إلى القدر المناسب الكافى .

ويلاحظ فى هذا الشأن أن انقاص الاختصاص يتم إما عن طريق تظلم المدين من الأمر الصادر بتقريره ، أو عن طريق دعوى أصلية بالانقاص إذا انقضى ميعاد التظلم .

ويجوز لكل ذى مصلحة أن يطلب انقاص الاختصاص . وتتوافر هذه المصلحة بصفة خاصة لدائن صاحب حق مقيد على العقار ولكنه فى مرتبة متأخرة. وتتحقق أيضا لحائز العقار المحمل بالاختصاص ، بل ولكل دائن عادى باعتبار أن الاختصاص يتضمن إخلالا بقاعدة المساواة .

ويجب بطبيعة الحال إذا نقل الاختصاص من عقار إلى آخر أن يؤشر بذلك فى هامش القيد الأصلى . ولا يحتج بهذا الانتقال على الغير إلا منذ تاريخ هذا التأشير .

أما إذا انقص الاختصاص بتحرير بعض العقارات منه فيؤشر بذلك أيضا فى هامش القيد حتى تمحى آثار هذا القيد بالنسبة إلى تلك العقارات . ولكل ذى مصلحة أن يبادر بهذا التأشير .

ولعل انقاص الاختصاص على النحو المتقدم يكشف عن حرص التقنين المدنى على التضييق من آثار هذا التأمين القضائى . فالأصل هو عدم تجزئة التأمين العينى ، والابقاء على حق الدائن حتى يتم سداد الدين بأكمله . أما هنا وبصدد الاختصاص فيمنح القاضى سلطة مرنة يتناول بمقتضاها قدر العقارات المقرر عليها بالتعديل والانقاص .

الباب الثالث

الرهن الحيازى

١٥٧ - تعريف الرهن الحيازى

الرهن الحيازى نظام قانونى آخر من نظم التأمينات العينية يهدف إلى إيثار الدائن بمركز مفضل ، يكفل له الإفلات من قاعدة المساواة التى تحكم سعى الدائنين العاديين إلى أموال المدين .

وقد نصت المادة ١٠٩٦ فى تعريف الرهن الحيازى على ما يأتى « الرهن الحيازى عقد به يلتزم شخص ، ضماناً لدين عليه أو على غيره أن يسلم إلى الدائن أو إلى أجنبى يعينه المتعاقدان ، شيئاً يرتب عليه للدائن حقا عينياً يخوله حبس الشيء لحين استيفاء الدين ، وأن يتقدم الدائنين العاديين والدائنين التالين له فى المرتبة فى اقتضاء حقه من ثمن هذا الشيء فى أى يد يكون » .

أول ما يلاحظ على هذا التعريف أن المشرع اتخذ أساساً له ، العقد الذى ينشيء حق الدائن المرتهن . وفى هذا الصدد يتميز هذا العقد بخضوعه للقواعد العامة فى الرضائية . كما يراعى أيضا اتساع محل الرهن . فهو لا يقتصر على العقار ، بل يتناول بصفة خاصة المنقولات .

وقد استعان القانون فى سبيل إدراك الهدف من هذا الضمان الخاص بالأداة الأساسية التى زود بها الدائن المرتهن رهناً رسمياً ، وصاحب حق الاختصاص ، وهى تقرير حق عينى تبعى على الشيء المرهون .

وسنعنى فى دراستنا اللاحقة بتقدير هذه الأداة ، وببيان مضمون حق الدائن

المرتهن : على أنه يعنينا منذ الآن أن نسجل، ونترك التفصيل لموضعه ، أن الحق العينى التبعى لا يرد إلا على شىء مادى معين بالذات . وعلى هذا النحو نرى أن رهن الديون لا يقرر حقاً عينياً تبعياً للدائن المرتهن (١) .

ونكتفى الآن بوضع تعريف عام يصدق على رهن الأشياء المادية . وبهذا الوصف يعتبر الرهن الحيازى نظاماً قانونياً يكفل للدائن بمقتضى تعاقد أبرمه مع الراهن أن يحبس المال المرهون وأن يتقدم الدائنين العاديين والدائنين التالين له فى المرتبة فى استيفاء حقه من المقابل النقدى للمال المرهون فى أى يد يكون .

١٥٨ — نظرة عامة على الرهن الرسمى والرهن الحيازى :

سنعنى فيما يلى ببيان الخطوط الأساسية التى تكفل استقلال كل من هذين النظامين القانونيين . ونرجىء البحث المفصل لموضع دراسته .

يكتسب الدائن المرتهن حقه فى كل نظام منهما بمقتضى تعاقد يتم بينه وبين الراهن . ولكن يراعى أن هذا التعاقد فى الرهن الرسمى لا يستجيب إلى القاعدة العامة فى رضائية التصرفات القانونية ، بل أحاطه المشرع بشكل خاص جعله عنصراً أساسياً لتكوين الرهن وهو إفراغ الإرادة فى شكل رسمى .

أما الرهن الحيازى فينشأ برضاء المتعاقدين ، ولا يلزم لانعقاده أى شكل آخر . هذه الرضائية من مستحدثات التقنين المدنى الجديد . فقد كان الرهن الحيازى فى ظل القانون القديم خاضعا لشكلية عتيقة ، وكان يلزم توافرها حتى يعتد برضاء المتعاقدين ، ويكتسب الدائن المرتهن حقه . وقد تمثلت هذه الشكلية فى وجوب تسليم المال المرهون إلى الدائن ، وهو ما يعبر عنه بأن الرهن الحيازى كان من العقود العينية . ثم جاء التقنين الجديد فجعل التسليم التزاما مترتبا على التعاقد . أما حق الدائن المرتهن فيكتسب فور انشاء العقد تطبيقا

---

(١) راجع ماتقدم فقرة ٢٦ وبصفة خاصة ص ٦١ وانظر ما يلى فى دراسة خصائص حق الدائن المرتهن ، ورهن الديون .

لنص المادة ٢٠٤ من التقنين المدنى التى تقضى بأن الالتزام بنقل الملكية أو أى حق آخر ينقل من تلقاء نفسه هذا الحق ، إذا كان محل الالتزام شيئا معينا بالذات يملكه الملتزم .

هكذا تحرر عقد الرهن الحيازى من شكلية منتقدة ، لم يكن لها ثمة مبرر سوى أنها من مخلفات الشرائع القديمة . على أن مسلك المشرع المصرى فى إخضاع الرهن الحيازى للقواعد العامة ، لم يمنعه أن يعهد إلى انتقال حيازة الشيء للدائن بأداء دور هام فى نفاذ الرهن . وهو دور يتصل بمصالح من يتعامل مع الراهن بشأن المال المرهون . هكذا قرر التقنين الجديد أن انتقال الحيازة إلى يد الدائن المرتهن شرط أساسى للاحتجاج بالرهن فى مواجهة الغير (١).

ولما كانت حيازة المال تنتقل إلى الدائن المرتهن، ترتب على ذلك اختلاف آخر مع الرهن الرسمى . إذ قدر المشرع أن يعهد إلى الدائن المرتهن رهن حيازة، باستغلال المال المرهون واستثماره ، إن كان قابلا لإنتاج ثمرات، على أن تستقطع غلة هذا الإستغلال من المصروفات والفوائد وأصل الدين على النحو الذى سنبينه فيما بعد . أما فى الرهن الرسمى ، فيظل العقار المرهون كما علمنا خاضعاً لسيطرة الراهن، يباشر عليه كافة سلطاته، وبصفة خاصة يوجه استغلاله ويستأثر بثمراته حتى تلتحق بالعقار بقوة القانون ، إذا شرع فى التنفيذ عليه وسجل تنبيه نزع الملكية .

أخيراً يتميز الرهن الحيازى بحكم خاص من حيث وعاء الأفضلية ، أو بعبارة أخرى من حيث محل التأمين . فبينما نجد الرهن الرسمى لا يرد إلا على عقار (٢) ، إذ بالرهن الحيازى يتقرر على العقار والمنقول .

---

(١) يراعى فى هذا الصدد أن التطور الحديث لفكرة الائتمان قد خلق أنواعا من الرهن ترد على أموال منقولة ومع ذلك تظل حيازتها للراهن . أنظر ماسيلى فى دراسة الحيازة كشرط لنفاذ الرهن .

(٢) راجع ماسبق ص ١٥٠ هامش ١ حيث بينا أن الرهن الرسمى قد تقرر بالنسبة إلى طائفة معينة من المنقولات ، ولكن جاء هذا التنظيم خارجا عن نطاق التقنين المدنى .

بل ولعل الرهون الحيازية الأكثر ذيوعا هي تلك التي ترد على منقولات ، باعتبار أن القانون لم يعرف غيرها كنظم اتفاقية للضمان الخاص الذي يتقرر على على مثل هذه الأموال .

ويراعى أن المشرع قد آثر العقار بنظم قانونية متعددة ، يستطيع الدائن الالتجاء إليها إذا ما أراد الحصول على تأمين خاص ، بينما يقتصر بالنسبة إلى المنقول على الرهن الحيازى فقط .

وقد تردد على ألسنة كثير من المشتغلين بالقانون ، أن الرهن الرسمى بأحكامه الحديثة استنفد أغراض الدائن فى الحصول على تأمين عقارى ، وأن الرهن الحيازى ينبغى أن يقتصر فقط على المنقولات .

ولكن المشرع المصرى انتصر لفكرة الإبقاء على الرهن الحيازى العقارى ، وحرص على الدفاع عنه فى لجنة القانون المدنى بمجلس الشيوخ . وأقام حجته على ذيوع استعماله فى الريف المصرى ، لاسيما وأن صغار الزراع لم يألفوا بعد نظام الرهن الرسمى بما يتضمن من أحكام دقيقة فى تطبيقها ، حساسة فى استخدامها .

وقد كان ماثلا أمامه بصفة خاصة ، وهو بسبيل تقديم أسانيد دفاعه ، مركز طبقة صغار الزراع الذين لا يمتلكون أكثر من خمسة أفدنة . فرؤى أن الرهن الحيازى ينطوى على تيسير للمدين ، لأنه يتم بعقد رضائى ، ويتيح استهلاك الدين بالوفاء التدريجى ، من طريق إلزام الدائن باستغلال العقار واستنزال الغلة من الدين . كما روعى أيضاً أن حرمان البيئة الريفية من الرهن الحيازى بعد أن ألفوه وبعد أن ألغى بيع الوفاء ، سيفضى إلى اذعان صغار الملاك إلى البيع تحت سلطان الحاجة والاضطرار ، ولاسيما متى كانوا يملكون أقل من خمسة أفدنة . فالرهن الرسمى لا يقبله الدائن فى الغالب من الأمر فى هذه الحالة ،

لأن المدين يحق له أن يمنعه من التنفيذ(١) . ولكن الدائن يقبل رهن الحيازة ، لأنه يهيء وسيلة عملية لاستيفاء الدين عن طريق استنزاله من غلة العقار المرهون. ويخوّل له فضلا عن ذلك الحق فى حبس العين المرهونة حتى يستوفى حقه (٢).

هذه نظرة عاجلة على كل من الرهن الحيازى والرسمى، نقنع بها الآن، ونرجىء تفصيل مايترتب على الاختلاف بينهما من آثار إلى موضع دراسة أحكام الرهن الحيازى .

١٥٩ - خصائص الحق الذى تقرر للدائن المرتهن رهناً حيازياً :

هذه الخصائص لن تستوقفنا طويلا ، إذ يمكن الوقوف عليها مما قدمناه بشأن الرهن الرسمى(٣). ويمكن القول هنا أيضاً أن الدائن يكتسب حقاً عينياً تبعياً، وأن هذا الحق لا يتجزأ . أما من حيث طبيعته المنقولة أو العقارية فهى تتنوع بطبيعة الحال وفقاً لتقرير الحق على منقول أو عقار . وفيمايلى توجز القول فى هذه الخصائص المتقدمة .

١ - الدائن يكتسب حقاً عينياً : وقد أشارت إلى ذلك المادة ١٠٩٦ صراحة بقولها ، إن الرهن الحيازى عقد به يلتزم الراهن بتسليم شىء إلى الدائن يرتب له حقاً عينياً .

وقد أشرنا من قبل إلى الفقه المنكر للحقوق العينية التبعية ، واتخذنا موقفاً بوجوب الإبقاء عليها . على أنه يلاحظ فى هذا الصدد أن الداعى إلى هذا الفقه يسلم فى حالة الرهن الحيازى الوارد على عقار antichrese بأن الحق الذى يتولد

---

(١) راجع ما تقدم ص ١٥٨ فى شرح القانون رقم ٥١٣ لسنة ١٩٥٣ الخاص بعدم جواز التنفيذ على الملكية الزراعية فى حدود خمسة أفدنة .

(٢) أنظر مجموعة الاعمال التحضيرية جـ ٧ ص ٢٤٨ .

(٣) راجع ماتقدم فقرة ٣٢ .

عنه يعتبر حقاً عينياً تبعياً (١) . وقد اضطر إلى التسليم بعينية هذا الحق ، استجابة للمعيار التحكمي الذى اتخذه أساساً لتحديد الحق العينى بصفة عامة . فقد قدمنا أن هذا المعيار قوامه تحليل السلطات التى يخولها حق الملكية . وعلى هذا النحو لا يكون الحق عينياً إلا إذا أجاز لصاحبه الاستعمال أو الاستغلال أو التصرف (٢) . فلما اصطدم بالرهن الحيازى العقارى . وجد أن الدائن المرتهن يقتصر حقه على استغلال العقار ، والاستئثار بثمرة الغلة مقابل الدين . ولذا اضطر أن يسلم بأن هذا الرهن يكسب الدائن حقاً عينياً .

وقد تمشينا مع الفقه الراجح ، فآثرنا الإبقاء على الحقوق العينية التبعية بصفة عامة ، وذلك على أساس معيار آخر ، هو أن العبرة بمحل الحق . فإذا كان وارداً على شيء مادى معين بالذات ، كنا بصدد حق عينى . ويتحـــدد مضمونه بالنسبة إلى الدائن المرتهن ، بأن له أن يستوفى دينه من المقابل النقدى لهذا الشيء مفضلا على غيره من الدائنين ، باعتبار أن حقه يتعلق بالكيان الاقتصادى للشيء المرهون (٣) .

هذا المعيار الذى أخذنا به يقتضى إبعاد رهن الديون من نطاق الحقوق العينية إذ أننا لا نسلم بتقرير حق عينى على مجرد مال معنوى وهو الدين (٤) . وسنعنى بالإيضاح عن هذا الاتجاه فى دراستنا لهذا الرهن .

---

(١) انظر مقال الاستاذ مكسيم شوفو « تقسيم جديد للحقوق العينية والشخصية » منشور فى المجلة الانتقادية للتشريع والقضاء ١٩٣١ ص ٦١١ فقرة ٤٩ .

(٢) راجع ما تقدم فقرة ٢٧ وما بعدها .

(٣) راجع ما تقدم فقرة ٢٥ ، ٢٦ .

(٤) انظر فى هذا المعنى أيضا حسن كيره الحقوق العينية الاصلية ج ١ فقرة ٢٠ .

٢ - الدائن يكتسب حقاً تبعياً : هذه التبعية لازمت نظم التأمينات في التقنين المصرى . وقد حرص المشرع بشأن الرهن الحيازى (المادة ١٠٩٨) على أن يحيل إلى بعض أحكام الرهن الرسمى ، وبصفة خاصة ما جاء فى م ١٠٤٢ التى تقرر أن الرهن لا ينفصل عن الدين المضمون ، بل يكون تابعا له فى صحته وفى انقضائه . ثم ردد حرصه على هذه التبعية مرة أخرى فى م ١١١٢ التى تقضى بأن حق الرهن الحيازى يزول بانقضاء الدين المضمون ويعود معه إذا زال السبب الذى انقضى به الدين دون إخلال بالحقوق التى يكون الغير حسن النية قد كسبها فى الفترة بين انقضاء الحق وعودته .

٣ - حق الدائن لا يتجزأ : هذه هى القاعدة العامة التى وردت فى المادة ١٠٤٢ بشأن الرهن الرسمى ، وأحال إليها المشرع فى المادة ١٠٩٨ بالنسبة إلى الرهن الحيازى . ومفاد هذه الخصيصة أن حق الدائن المرتهن يتعلق بالشىء المرهون فى كل جزء من أجزائه وذلك ضمانا للوفاء بالدين بأكمله . ولا يزول الرهن بصفة جزئية إذا قام المدين بوفاء جزئى . بل يظل الرهن قائما لا ينقضى إلا بالوفاء الكامل للالتزام . على أن هذا المبدأ لا يضع تنظيما آمراً ، ومن ثم يجوز للمتعاقدين أن يتفقا على تعديل أحكامه .

٤ - حق الدائن عقارى أو منقول حسب طبيعة محل الرهن : فإذا ورد على عقار كنا بصدد حق عينى عقارى ، وإذا كان محله منقولا انعكست طبيعة المحل على الحق فيكون أيضا من الحقوق المنقولة . وهو ما أشارت إليه المادة ٨٣ بقولها « يعتبر مالا عقاريا كل حق عينى يرد على عقار ، ويعتبر مالا منقولا ماعدا ذلك من الحقوق المالية » .

١٦٠ - تقسيم :

نترسم فى دراسة الرهن الحيازى ، خطة البحث التى سرنا عليها فى النظم

الأخرى للتأمينات العينية . فنعنى فى بادىء الأمر بإنشائه ، ثم نعالج آثاره ، وأخيراً نتعقبه فى زواله .

هكذا نخصص ثلاثة فصول : ١ — الفصل الأول فى إنشاء الرهن الحيازى ٢ — والثانى فى آثاره . ٣ — والثالث فى زواله .

الفصل الأول

إنشاء الرهن الحيازى

١٦١ - تعدد الأحكام الواجب توافرها لإنشاء الرهن الحيازى :

لما كان الرهن الحيازى نظاما قانونيا من نظم الضمان الخاص الاتفاقى ، فإنه من الضرورى أن تتنوع الأحكام المتعلقة بانشائه وفقا لمصالح الأشخاص التى تتأثر بتقرير هذا الضمان .

ووظيفة المشرع الأساسية فى النظم العينية للضمان الخاص الاتفاقى هى الموازنة بين صالح الدائن المزود بها وصالح الراهن ، ثم رعاية مصالح الغير الذى تتعلق حقوقه بمحل التأمين.

هكذا عنى التقنين المدنى الجديد ، بعد أن أقر رضائية عقد الرهن الحيازى ، بوضع أحكام تتصل بانشائه بين المتعاقدين . ثم أضافا أحكاما أخرى يلزم توافرها حتى يمكن الاحتجاج بحق الدائن المرتهن فى مواجهة الغير. وهى أحكام تختلف تبعا لاختلاف طبيعة المال الذى يتقرر عليه الرهن .

وفيما يلى نخصص مبحثين ، نبين فى الأول أحكام إنشاء الرهن بين الدائن والراهن . ونعالج فى الثانى سريان الرهن الحيازى على الغير .

المبحث الأول

إنشاء الرهن الحيازى بين الدائن والراهن

١٦٢ - الرهن الحيازى يخضع للقواعد العامة فى رضائية العقود :

أشرنا من قبل إلى أن عقد الرهن الحيازى فى ظل القانون القديم كان من العقود

العينية ، إذ كان يشترط لانعقاده أن يتم تسليم الشيء المرهون . وبذلك استلزم القانون القديم لصحة الرهن الحيازة وضع المرهون فى حيازة الدائن المرتهن ، وقضى ببطلان هذا الرهن إذا رجع المرهون إلى حيازة راهنه(١) .

أما التقنين المدنى الجديد فقد ساير الاتجاهات الفقهية المعاصرة ، فجرد هذا التأمين الاتفاقى من ذلك الشكل العتيق ، وجعله رضائياً فى تكوينه شأنه شأن أى تعاقد. واعتبر التسليم التزاما يقع على عاتق الراهن.

على أن المشرع إذ أنكر على انتقال الحيازة أن تقوم بوظيفة انشائية فى التعاقد ، إلا أنه جعل منها شرطاً أساسياً لسريان حق الدائن المرتهن فى مواجهة الغير (٢).

يظهر إذن مما تقدم أن الرهن الحيازى رضائى فى تكوينه ، وهو بهذه المثابة يخضع للقواعد العامة فى إنشاء التصرفات القانونية . على أننا ، وعلى غرار منهج دراستنا للرهن الرسمى ، سنعنى فيما يلى بالكشف عن بعض أحكام تتصل بشخص الراهن ؛ والمال المرهون ، والالتزام المضمون .

أولا – الراهن

١٦٣ – يجب أن يكون أهلا للتصرف ، مالكا للمال المرهون :

يستفاد من نص المادة ١٠٩٦ أن الراهن قد يكون شخصاً غير المدين الأصلى ، يقدم مالا مملوكا له ضمانا للوفاء بدين الغير ، فيصدق عليه وصف الكفيل العينى .
وأيا من كان شخص الراهن ، يجب أن يتوافر فيه شرطان ، أهلية التصرف ، وملكية المال المرهون :

---

(١) نقض مدنى فى ١٤ ديسمبر سنة ١٩٤٤ طعن رقم ٥٠ سنة ١٤ قضائية .

(٢) انظر دراستنا التالية فى نفاذ الرهن فى مواجهة الغير فقرة ١٧١ ومابعدها .

١ ــ يجب أن يكون الراهن أهلا للتصرف (١) : يعتبر الرهن من قبيل أعمال التصرف ، باعتبار أن مآله الاحتمالى إلى بيع المال المرهون واستيفاء الدين من ثمنه. وعلى هذا النحو يلزم لوقوعه صحيحاً أن تتوافر فى الراهن الأهلية القانونية للتصرف (٢).

٢ ــ يجب أن يكون الراهن مالكا للمال المرهون : لم يضع المشرع نصاً صريحاً بشأن هذا الشرط (٣) ولكنه يستفاد بطبيعة الحال من الأصول العامة التى تحرم على الشخص أن يتصرف فى مال ليس له ولاية التصرف فيه . بل وهو يستخلص بطريقة ضمنية من نص المادة ١٠٩٨ التى تضمنت إحالة صريحة إلى الحكم الوارد فى باب الرهن الرسمى بشأن رهن ملك الغير .

ولعل المشرع تفادى النص على وجوب تملك الراهن للمال المرهون ، تقديراً منه أن الرهن الصادر من غير مالك قد يقع صحيحاً إذا ورد على منقول ، واعتصم الدائن بحسن النية فى حيازته .

١٦٤ ــ رهن ملك الغير ــ اصطدام الأحكام التى أوردها المشرع بقاعدة الحيازة فى المنقول سند الحائز :

نصت المادة ١٠٩٨ على أنه تسرى على الرهن الحيازى أحكام المادة ١٠٣٣.

---

(١) راجع ما تقدم فقرة ٣٨ بالنسبة لأهلية الراهن فى الرهن الرسمى .

(٢) يلاحظ فى هذا الشأن ما جاء فى المرسوم بقانون رقم ١١٩ الخاص بالولاية على مال . ويستفاد منه أنه إذا كان ولى القاصر هو الأب ، جاز له التصرف فى أموال القاصر إلا بالنسبة لأنواع خاصة من التصرفات كالتصرف فى العقار أو المحل التجارى أو الأوراق المالية إذا زادت قيمتها عن ثلاثمائة جنيه ، ففى هذه الصورة يلزم إذن المحكمة (م ٧) . أما إذا كانت الولاية للجد ، فقد نصت المادة ١٥ على أنه « لا يجوز للجد بغير إذن المحكمة التصرف فى مال القاصر ولا الصلح عليه ولا التنازل عن التأمينات أو إضعافها » . أما الوصى فهو ممنوع أيضا من ولاية التصرف بغير استئذان المحكمة .

(٣) وقد تضمن المشروع التمهيدى نص المادة ١٥٣١ الذى يقرر «يشترط فيمن يرهن شيئا ضمانا لدين عليه أو لدين على غيره ، أن يكون مالكا للشيء المرهون وأهلا للتصرف فيه » ورأت لجنة المراجعة حذف هذه المادة اكتفاء بالإحالة المقررة فى أحكام الرهن الحيازى إلى المادة المخصصة لرهن ملك الغير فى الرهن الرسمى راجع مجموعة الأعمال التحضيرية جـ ٧ ص ١٩٢ .

وعلى هذا النحو تسرى كافة الأحكام التى سبق بيانها فى دراسة الرهن الرسمى(١) .

خلاصة ما قدمناه فى رهن ملك الغير ، أن الجزاء الذى يصيبه يتحدد على ضوء الهدف من تقرير عدم صحته . فهو معيب لصدوره من غير مالك ، فإذا زال هذا العيب جاز تصحيحه . ويتحقق ذلك إذا أقره المالك الحقيقى ، أو إذ أصبح الراهن مالكا للمال المرهون ؛

وتقتضى الأحكام المتقدمة أن نورد عليها التحفظات الآتية بالنسبة إلى الرهن الحيازى :

١ — إذا أقر المالك الحقيقى الرهن الوارد على مال مملوك له ، لايلزم بطبيعة الحال أن يعبر عن إرادته فى ورقة رسمية . فالرسمية لم يشترطها المشرع للتعبير عن إرادة المتعاقدين فى الرهن الحيازى ، وعلى ذلك لايتصور استلزامها لتصحيح رهن ملك الغير .

٢ — تصطدم أحكام رهن ملك الغير فى هذا الصدد بقاعدة الحيازة فى المنقول سند الحائز .

استجاب التقنين المدنى الجديد لإجماع الفقه الحديث على أن هذه القاعدة لايقتصر نطاق تطبيقها فقط على من يحوز منقولا بقصد اكتساب ملكيته ، بل هى تحمى أيضا من تتوافر له حيازته بنية اكتساب أى حق عينى آخر عليه مثل الرهن . وبذلك نصت المادة ٩٧٦ من التقنين المدنى على أن « من حاز بسبب صحيح منقولا أو حقاً عينياً على منقول أو سنداً لحامله فإنه يصبح مالـكا له إذا كان حسن النية وقت حيازته ، والحيازة فى ذاتها قرينة على وجود السبب الصحيح وحسن النية مالم يقم الدليل على عكس ذلك » .

---

(١) راجع ماتقدم فقرة ٤٠ ص ٨٦ وما بعدها .

وقد خصص المشرع هذا الحكم بالنسبة إلى الرهن الحيازى فجاء فى م١١١٨ أن الأحكام المتعلقة بالآثار التى ترتب على حيازة المنقولات المادية والسندات التى لحاملها تسرى على رهن المنقول . وبوجه خاص يكون للمرتهن إذا كان حسن للنية أن يتمسك بحقه فى الرهن ولو كان الراهن لا يملك التصرف فى الشىء المرهون .

يستفاد من النصوص المتقدمة أن نطاق تطبيق قاعدة الحيازة فى المنقول سند الحائز يقتصر على المنقولات المادية والسندات لحامله ، وذلك بشرط أن يكون الدائن حسن النية ، مستندا إلى سبب صحيح ، عندئذ يجوز له الاحتجاج بالرهن فى مواجهة المالك الحقيقى .

والسبب الصحيح هو العقد الذى لا يعيبه سوى صدوره من غير مالك . أما حسن النية فهو جهل الدائن المرتهن بأن المنقول لم يكن مملوكا للراهن . ويلاحظ أن المشرع لم يقنع بتوافر حسن النية وقت انعقاد السبب الصحيح وهو عقد الرهن ، بل استلزم أن تكون متوافرة عند انتقال الحيازة . ويستفاد هذا الشرط من المادة ٩٧٦ فى فقرتها الأولى التى تشير إلى حسن نية الحائز وقت حيازته . وعلى هذا النحو إذا كان الدائن المرتهن حسن النية وقت انعقاد الرهن ، ثم علم عند تسلم المنقول المرهون بأنه مملوك الغير ، جاز لصاحب المنقول أن يطالب باسترداده ، وامتنع على الدائن أن يعتصم بحسن نيته .

على أنه يلاحظ من ناحية أخرى أن مجرد الحيازة تعتبر قرينة على توافر حسن النية والسبب الصحيح . وعلى من يدعى العكس أن يثبت مايدعيه ، وله فى سبيل ذلك أن يستخدم كافة طرق الإثبات(١) .

وقد استجاب المشرع بهذا الحكم إلى طبيعة الأشياء المنقولة فأراد أن ييسر تداولها و بذلك جعل حيازتها قرينة على شرعية مركز حائزها .

---

(١) أنظر ديكوتينيه « القرائن فى القانون الخاص » رسالة من ليل ١٩٥٠ ص ٢٠٥ .

بل وربما قدر المشرع أن الحائز جدير بالحماية ، حينما يعتقد فى سلامة مظهر الراهن بأنه يملك المنقول المرهون ، والحائز أولى بالرعاية من المالك الحقيقى الذى ساهم فى إيجاد هذا المظهر الكاذب بتركه المنقول فى يد شخص آخر (١) .

على أن الحكمة من حماية الحائز تتخلف إذا كان المنقول الذى اكتسب عليه حقه قد أفلت من سيطرة مالكه بالسرقة أو الضياع . ففى هذه الحالة لا يمكن أن ينسب إلى المالك الخطأ فى اصطناع مظهر كاذب أدى إلى خديعة الدائن المرتهن. لذلك نصت المادة ٩٧٧ فى فقرتها الأولى على أنه « يجوز لمالك المنقول أو السند لحامله إذا فقده أو سرق منه ، أن يسترده ممن يكون حائزاً له بحسن نية وذلك خلال ثلاث سنوات من وقت الضياع أو السرقة » .

يستفاد من نص هذه المادة أن المشرع لم يتخل عن مالك المنقول إذا لم يكن له ذنب فى ايقاع الغير فى الخطأ ، باكتساب حقوق على منقول من غير مالكه ،

---

(١) يتجه جانب من الفقه إلى اعتبار قاعدة الحيازة فى المنقول سند الحائز تطبيقاً من تطبيقات نظرية المظهر . انظر فى هذا المعنى بيدان وفواران ج ٤ فقرة ٧٣٢ - وفى تأصيل القاعدة من الوجهة التاريخية بلانيول وريبير وبيكار ج ٣ فقرة ٣٦٩ . وانظر فى نقد اسناد هذه القاعدة بصفة مطلقة إلى نظرية المظهر عبد الباسط جميعى فى رسالة عن نظرية الأوضاع الظاهرة (على الآلة الكاتبة) ص ٤٤٣ وما بعدها .

والواقع أن قاعدة الحيازة فى المنقول سند الحائز تعتبر ، فضلا عن دورها فى الاثبات ، قاعدة موضوعية وهى بهذه المثابة وسيلة لاكتساب الحقوق على المنقول . ويقرر بيدان وفواران أن هذه الوسيلة ليست سوى تطبيقاً لنظرية المظهر (المرجع السابق) ، وذلك على أساس أنه من العسير إن لم يكن من المستحيل الاستقصاء عما وراء المظهر بالنسبة للمنقولات . ولما كانت هذه هى الحكمة من قاعدة الحيازة ، لذا يجب استبعادها عند تخلف حسن النية .

ويشير الزميل فى رسالته السابق الاشارة اليها ، أنه لا يكفى للانخداع بالمظهر بشأن قاعدة الحيازة أن يتعامل مع شخص اعتقد بحسن نية أنه صاحب الحق ، بل يجب أن يقترن التعامل بالسيطرة المادية على الشىء . وبعبارة أخرى أن هناك عنصرا جديدا يضاف إلى مجرد الانخداع بالمظهر ، وهو وضع اليد على الشىء . وبذلك تنتقل القاعدة من نطاق نظرية المظهر إلى نظرية الحيازة .

ويضيف الزميل أنه إذا كان الأمر يرجع إلى فكرة المظهر وحماية من يخدع به ، عند وجود اعتبارات جدية تبرر تلك الحماية ، فبماذا نفسر جواز استرداد المالك للمنقول إذا كان مسروقا ؟

ولكنه من ناحية أخرى أراد أن يكفل للمعاملات استقراراً ، فقيد حق المالك فى الاسترداد خلال فترة معينة لاتتجاوز ثلاث سنوات من وقت الضياع أو السرقة.

ولما كان القصد من تحديد هذه المدة هو انطباق هذه القاعدة العامة فى الحيازة بانقضائها ، فإنه من المتفق عليه أن هذه المدة هى ميعاد مسقوط وليست مدة تقادم مسقط . وبذلك فهى لاتخضع لحكم الايقاف الذى يسرى على التقادم (١) .

ولقد انتصر المشرع مرة أخرى لمصلحة الحائز حسن النية فوضع فى الفقرة الثانية من المادة ٩٧٧ حكما جاء فيه « فإذا كان من يوجد الشىء المسروق أو الضائع فى حيازته قد اشتراه بحسن نية فى سوق أو مزاد علنى أو اشتراه ممن يتجر فى مثله ، فإن له أن يطلب ممن يسترد هذا الشىء أن يعجل له الثمن الذى دفعه » .

يتضح من هذا الحكم الأخير أن مشترى المنقول حسن النية إذا اشتراه فى سوق عام أو مزاد علنى ، أو من تاجر يتجر فى هذا المنقول ، فإن له أن يطالب من المسترد أن يعجل له الثمن الذى دفعه . وعلى الحائز فى هذه الحالة أن يثبت شراءه للمنقول فى ظرف من الظروف التى تشير إليها هذه الفقرة السابقة .

الظاهر من الحكم المتقدم أن المشرع قد انصرفت نيته إلى تقريره لصالح مشترى المنقول . وقد أثير التساؤل هل ينسحب تطبيقها على الدائن المرتهن ؟ فإذا حاز المنقول على سبيل الرهن ، وطالبه المسترد برده باعتبار أنه مفقود أو ضائع ؟ هل يحق له أن يعلق هذا الرد على وجوب التعجيل بسداد الدين الذى ارتهن المنقول ضماناً للوفاء به ؟

اختلف الفقه فى هذا الشأن . فاتجه جانب منه إلى القول بأن المادة ٩٧٧

---

(١) راجع فى هذا المعنى اسماعيل غانم مذكرات فى الحقوق العينية الأصلية ١٩٥٨ ص ١٣٨ — وانظر أيضا فى التفرقة بين ميعاد السقوط والتقادم المسقط الدكتور عبد المنعم البدراوى « أثر مضى المدة فى الالتزام » رسالة إلى كلية الحقوق بجامعة القاهرة ١٩٥٠ ص ٤٣ وما بعدها .

فى فقرتها الأخيرة لاتعنى سوى مشترى المنقول، ومن ثم يقتصر نطاق تطبيقها على شراء المنقول المسروق أو الضائع من سوق أو مزاد علنى أو من يتجر فى مثله . وعلى ذلك لايحق للدائن المرتهن الاستفادة منها والامتناع عن رد المنقول المرهون حتى يستوفى دينه (١) .

وذهب رأى آخر إلى أن الأحكام التى وردت فى حيازة المنقول لاتقبل التجزئة ، ومن ثم ينسحب تطبيقها على كل صور الحيازة . وعلى هذا النحو ليس ثمة داع لحرمان الدائن المرتهن من التمسك بنص الفقرة الثانية من المادة ٩٧٧ (٢) .

والغالب من الأمر أن المشرع وهو بسبيل تقرير الحكم المتقدم عنى فقط بعلاج الصورة المألوفة ، وهى شراء المنقول المسروق أو الضائع فى سوق عام أو مزاد علنى أو ممن يتجر فى مثله . ومن ثم يبدو لنا أن الرأى الأخير الذى يطلق هذه الحماية فيجعلها شاملة للدائن المرتهن يستقيم مع تحقيق الانسجام بين مختلف أحكام الحيازة فى المنقول . بل ولعله أيضاً يستجيب إلى ما جاء فى نص المادة ١١١٨/٢ . فهى تتضمن إحالة كاملة إلى القواعد العامة فى حيازة المنقول . وعلى هذا النحو ينبغى القول بتمكين الدائن المرتهن من غير مالك من الامتناع عن رد المنقول لطالب استرداده حتى يستوفى منه دينه ، إذا كان الرهن قد تم فى ظرف من الظروف التى تقتضيها المادة ٩٧٧ فى فقرتها الثانية .

---

(١) راجع فى هذا المعنى محمد كامل مرسى فقرة ٢٩٢ — سليمان مرقس فقرة ٢٣٨ . أنظر جمال الدين زكى ص ٤٨٠ .

(٢) أنظر فى هذا المعنى عبد الفتاح عبد الباقى ص ٥٤٧ وما بعدها — شفيق شحاته فقرة ٩٨ — محمد على أمام فقرة ٣٢٢ ص ٤٦٥ ، وهو يعزز رأيه بأن هذا هو الحكم المأخوذ به فى الأمر العالى الصادر فى ٢٣ مارس سنة ١٩٠١ بشأن البيوت المالية المشتغلة بتسليف النقود وعلى رهونات .

ولكن تنبغى الإشارة أن توافر شروط انطباق هذه الظروف يبدو لنا عسيراً أو فى القليل نادر الوقوع فى العمل (١) . فليس من المألوف أن يرتهن الدائن من مدينه منقولا فى سوق عام أو من مزاد علنى . ولعل الصورة التى يحتمل وقوعها ، وهى بدورها ليست مألوفة ، هى ارتهان المنقول من راهن يتجر فى مثل هذا المنقول .

وأيا ما كان الأمر فاذا ما كشف العمل عن توافر هذه الظروف لصالح دائن ارتهن منقولا مسروقاً أو ضائعاً ، جاز له الامتناع عن رده ومطالبة المسترد بالتعجيل بالوفاء بالدين المضمون بالرهن . وغنى عن البيان أن على المسترد إثبات أن المنقول قد أفلت من سيطرته بسرقة أو ضياع ، وعلى الدائن المرتهن حينئذ أن يثبت وقوع الرهن فى سوق عام أو مزاد علنى أو ممن يتجر فى مثل هذا المنقول .

١٦٥ — لايلزم أن تكون ملكية الراهن باتة بل يجوز أن تكون معلقة على شرط :

يجوز أن تكون ملكية الراهن للشىء المرهون معلقة على شرط . والشرط قد يكون واقفاً أو فاسخاً .

فاذا علقت الملكية على شرط واقف لا يخلو الأمر من أحد فرضين ، أما أن يتحقق الشرط ، فتثبت الملكية للراهن بأثر رجعى ، وهنا يسرى الرهن من وقت نشوئه . واما أن يتخلف الشرط فيعتبر الراهن وكأنه لم يملك الشىء المرهون أبدا وبالتالى يعتبر الرهن واقعا على ملك الغير (٢) .

---

(١) أنظر جبرييل جايولد انسكاوبيدى داللوز ج ٢ لفظ gage ص ٨٥٤ فقرة ٦٨.

(٢) راجع ماتقدم فى الرهن الرسمى فقرة ٤١ .

ويراعى فى هذا الصدد أن أحكام الحيازة فى المنقول تلعب دوراً هاماً فى اهدار القواعد العامة فى رجعية آثار الشرط . فالدائن المرتهن له أن يعتصم بحسن نيته وبالسبب الصحيح ليمتنع عن رد الشيء المرهون . على أنه يلاحظ من ناحية أخرى أن المالك تحت شرط واقف يندر أن تتوافر له حيازة الشيء، وبالتالى لن يستطيع نقل حيازته إلى الدائن المرتهن ، وبذلك لن يتحقق للدائن المرتهن من الناحية العملية إمكان الاحتجاج بقاعدة الحيازة .

أما إذا كانت الملكية معلقة على شرط فاسخ ، فهنا يعرض أيضا أحد فرضين . ما دام الشرط لم يتحقق ، يقع الرهن صحيحاً منتجاً لآثاره . وإن تحقق الشرط فهو يزيل الملكية بأثر رجعى ، وعلى هذا النحو فمنطق هذا الأثر يفضى إلى زوال الرهن أيضاً . ولكن هذا الزوال يصطدم فى رهن المنقول بأن الدائن المرتهن له أن يتمسك بحسن نيته المستندة إلى سبب صحيح . وبذلك يظل الرهن قائما رغم زوال الملكية عن الرهن .

ولكن يعرض التساؤل إذا كان محل الرهن الحيازى عقارا . هل ينعكس الأثر الرجعى لزوال ملكية الراهن ، على الرهن أيضا فيزيله ؟ يثير هذا التساؤل البحث فى مدى انطباق حكم م١٠٣٤ الذى يقرر حماية خاصة للدائن المرتهن حسن النية من مالك زالت عنه الملكية بأثر رجعى.

١٦٦ - مدى انطباق الحماية الخاصة بالدائن المرتهن حسن النية المقررة فى م ١٠٣٤

قدمنا فى دراسة الرهن الرسمى أن المشرع فى المادة ١٠٣٤ قد آثر الدائن المرتهن حسن النية بحماية خاصة ، فأبقى على الرهن المقرر على عقار زالت عن الراهن ملكيته بأثر رجعى (١) .

---

(١) راجع ماتقدم فقرة ٤٧ .

لم تتضمن نصوص الرهن الحيازى إحالة إلى الحكم الوارد فى نص المادة ١٠٣٤. ولو توقفنا عند هذا الحد ، لأمكن القول بأن الدائن المرتهن رهنا حيازياً لايحق له التمتع بهذه الحماية إذا ارتهن عقارا من مالكه ، ثم زالت عنه الملكية بأثر رجعى .

ولكن يلاحظ من ناحية أخرى أن قانون تنظيم الشهر العقارى فى المادتين ١٥ ، ١٧ قد وضع أحكاماً يتسع تطبيقها لكل من اكتسب على العقار حقاً عينياً(١) .

وعلى هذا النحو يمكن الاستناد إلى هذه الأحكام لتحديد مركز الدائن المرتهن وتقرير حمايته . وخلاصة ما قدمناه فى أحكام المادتين ١٥ ، ١٧ أن من يطعن فى سند ملكية الراهن عليه أن يؤشر بدعواه فى هامش تسجيل المحرر الناقل للملكية ، سواء تعلق الأمر ببطلان أو فسخ أو رجوع . وإذا لم يكن المحرر الأصلى مشهراً ، وجب تسجيل دعوى الطعن ذاتها .

وقد أراد المشرع بهذا الإجراء تنبيه من يتعامل مع مالك العقار ، أن سند ملكيته مهدد بالزوال ، وأن ثمة دعاوى قد رفعت فعلا بقصد إزالة ملكيته. وعلى هذا النحو يعتبر كل دائن مرتهن للعقار بعد التأشير بدعوى الطعن أو تسجيلها غير جدير بالحماية ، بمعنى أنه إذا قضى للمدعى بدعواه ، فأبطل سند ملكية الراهن أو فسخ أو ألغى ، فان المدعى يتلقى العقار خالياً من الرهن الذى تقرر بعد التأشير بالدعوى أو تسجيلها .

وعلى النقيض من ذلك لايؤثر زوال هذه الملكية فى بقاء الرهن ، إذا تقرر فى تاريخ سابق ، بشرط أن يتوافر لدى الدائن حسن النية على النحو السابق

---

(١) انظر فى هذا المعنى عبد الفتاح عبد الباقى فقرة ٤٣٢ مكرر – محمد على أمام فقرة ٣٢٣ – وقارن جمال الدين زكى ص ٤٨١ .

تفصيله فى بحثنا للرهن الرسمى (١) .

ولئن أراد البعض الاعتراض على الاستناد إلى نصوص القانون لحماية الدائن المرتهن حسن النية (٢) ، فاننا نرى جواز تقرير هذه الحماية استناداً إلى الاتجاه العام الذى ندافع عنه فى وجوب حماية الأوضاع الظاهرة . وبخلاصة هذا الاتجاه هو أن من يثق بحسن نية فى سلامة مركز من المراكز القانونية، ويجهل أنه مهدد بالزوال ، فهو جدير بالحماية إذا اعتمد على المظهر فتعامل مع شخص آخر على أساسه (٣) . وتطبيقاً لذلك يظل قائماً الرهن الحيازى الصادر من مالك زالت عنه الملكية بأثر رجعى ، ما دام الدائن المرتهن حسن النية يجهل أن ملكية الراهن كانت مهددة بالزوال . وحسن النية ينبغى أن يتقيد مدلوله على ضوء ماقررته المادة ١٥ ، ١٧ شهر عقارى .

بل وإننا نستبعد أن المشرع يوثر بالحماية الدائن المرتهن رهناً رسمياً ، ويضن بها على المرتهن رهن حيازة . إذ ليس ثمة مبرر للتفرقة بينهما . ومن هنا يتعزز القول بوجوب إطلاق الحماية لتشمل الرهن الرسمى والحيازى على حد سواء .

---

(١) انظر تحديد معنى حسن النية ماتقدم ص ١٣٦ .

(٢) انظر جمال الدين زكى الاشارة السابقة .

(٣) ويتعزز هذا الاتجاه برأى الشراح الذين يؤسسون حكم المادة ١٠٣٤ على نظرية المظهر أنظر فى هذا المعنى شفيق شحاته فقرة ١٠٠ ، عبد الباسط جميعى فى رسالته عن نظرية الأوضاع الظاهرة ص ٣٦٢ — وذلك على أساس أن الدائن المرتهن حسن النية يتمتع بالحماية لأنه يكون قد تعامل مع شخص يوحى السند الذى بيده بأنه يملك التصرف . والحماية تتم عن طريق عدم إعمال الأثر الرجعى للابطال ، أو الفسخ أو الزوال فيما يتعلق بالغير الذى كسب حقه بحسن نية

انظر أيضا ما تقدم فقرة ٤٦ فى وجوب حماية الأوضاع الظاهرة ، وبصفة خاصة موقفنا من رهن الوارث الظاهر ص ١٣٦ . ولئن كنا آثرنا حماية المرتهن من وارث ظاهر تأسيسا على مبدأ أن الغلط الشائع يولد الحق ، وحماية حسن النية بالمعنى المحدد فى موضعه ، فإننا من باب أولى نرى اطلاق تطبيق المادة ١٠٣٤ لتشمل المرتهن رهن حيازة . إذ أنه مادام اعتقد بحسن نية فى سلامة مركز الراهن وعدم تهديد ملكية بالزوال ، فهو جدير بالحماية .

١٦٧ - حماية الأوضاع الظاهرة - الرهن الحيازى الصادر من مالك ظاهر :

يمكن أن نقرر بصفة عامة أن كل تنظيم تشريعى لحماية المتصرف إليه من مالك ظاهر يصدق على الدائن المرتهن رهن حيازة . وتطبيقاً لذلك إذا كان الراهن مالكاً للشيء المرهون بسند صورى ، جاز للدائن المرتهن حسن النية أن يحتج بحقه استناداً إلى حكم المادة ٢٤٤ الذى يقضى بأن للخلف الخاص متى كان حسن النية أن يتمسك بالعقد الصورى . وقدقدمنا فى دراستنا للرهن الرسمى أن المشرع قد غلب مصلحة من يتمسك بالوضع الظاهر ، فآثرها على من يحتج بصورية سند المالك . وهو فى هذا السبيل استجاب إلى حماية الثقة المشروعة وتأمين استقرار المعاملات (١) .

وقد أثير التساؤل فى حالة عدم وجود نص تشريعى يحمى الدائن المرتهن من شخص توافرت فيه مظاهر الملكية على نحو ذاع بين الناس فأوقعهم فى غلط شائع . ونعنى بصفة خاصة حكم الرهن الصادر من وارث ظاهر .

عرضنا فى دراستنا للرهن الرسمى إلى مختلف الاتجاهات فى مدى حماية المتصرف إليه من وارث ظاهر . وخلاصتها أن الفقه والقضاء الراجح فى فرنسا قد استعان بأصل عرفى مستقر فى القانون المدنى ، قوامه أن الغلط الشائع يولد الحق . وعلى هذا النحو يقع صحيحاً الرهن الصادر من وارث ظاهر إذا ما توافرت لدى الدائن حسن النية ؛ وكان ظهور الوارث بمظهر المالك من شأنه أن يوقع الشخص المعتاد فى غلط ، وأصبح هذا الغلط شائعاً بين الناس .

---

(١) راجع ما سبق فى حماية الأوضاع الظاهرة وحكم الرهن الصادر من مالك بسند صورى أو من وارث ظاهر فقرة ٤٦ ص ١٢١ وما بعدها .

لم يصادف هذا الاتجاه قبولا فى الفقه والقضاء فى مصر. وقد انتصرنا لوجوب تقرير هذه الحماية استناداً إلى ما استقر عليه الحال فى فرنسا ، وتمشياً مع نزعة التقنين المدنى الجديد فى حماية الأوضاع الظاهرة .

وأيا ما كان الأمر فى تقدير رأينا ، فتنبغى الإشارة بصدد الرهن الحيازى الوارد على منقول ؛ أن حماية الدائن المرتهن متفق عليها ، استناداً إلى قاعدة الحيازة فى المنقول سند الحائز .

وعلى هذا النحو يقع ، ساريا فى مواجهة المالك الحقيقى ، رهن المنقول الصادر من وارث ظاهر ، إذا انتقلت حيازته إلى الدائن المرتهن بسبب صحيح وتوافر لديه حسن النية . ولا يحق للوارث الحقيقى المطالبة باسترداد المنقول إلا بهدم هذه القرينة .

١٦٨ — لا يشترط أن تكون ملكية الراهن خالصة - حكم رهن المال المملوك على الشيوع :

عنى المشرع بصدد الرهن الرسمى بوضع تنظيم خاص لرهن العقار المملوك على الشيوع . وقد استجاب فى معظم الأحكام إلى القواعد العامة التى تنظم التصرف فى المال الشائع (١).

أما فى الرهن الحيازى ، فقد جاءت نصوصه خالية من تنظيم رهن المال الشائع ، ولم تتضمن إحالة إلى نص المادة ١٠٣٩ فى الرهن الرسمى .

وعلى هذا النحو يخضع الرهن الحيازى للمال الشائع إلى التنظيم العام الذى وضعه المشرع فى باب الملكية الشائعة ، وبصفة خاصة يحكم مصيره نص المادة ٨٢٦ من التقنين المدنى . ولكن يعنينا أن نشير هنا إلى التصوير الذى تخيرناه لفكرة الأثر الكاشف للقسمة ومدى صلته بما يعبر عنه بالأثر الرجعى .

---

(١) راجع ما سبق ص ٨٥ فقرة ٤٥ وما بعدها .

وقد بينا من قبل أن وظيفة القسمة هى فض الشيوع ، وتعيين النطاق المادى لحق كل شريك على نحو يطابق النطاق المعنوى الذى يعبر عنه بنسبة حسابية . والقسمة بهذا الوصف ترتب أثراً كاشفاً ، فهى تزيل الغموض عن ملكية الشريك المشتاع ، وتخصه بنصيب ظاهر المعالم يكفل له الاستئثار بسلطات المالك.

وعلى ضوء هذا التصوير المتقدم لفكرة الأثر الكاشف ، آثرنا من قبل العدول عن فكرة الأثر الرجعى للقسمة (١) ، بما تتضمن من صناعة وافتراض مخالف للواقع ، والالتجاء الى وسيلة أخرى تكفل حماية الشركاء من التصرفات التى ينفرد بها أحدهم أثناء قيام الشيوع . وفى هذا الشأن نحيل للدراسة المفصلة التى عقدناها للأسس الفنية التى نستهدى بها لبيان وتأصيل الحلول التى أخذ بها القانون (٢) .

وفيما يلى نعرض لحكم تقرير الرهن الحيازى على مال مملوك على الشيوع . وسنوجز فى هذا البحث ، مع الاحالة فى تفصيله إلى ما سبق دراسته فى الرهن الرسمى .

وتقترن دراسة هذه الحلول بالتصوير الفنى الذى اخترناه للأثر الكاشف للقسمة ، واهدار الأثر الرجعى بالمعنى التقليدى المراد له .

على أن ثمة ملاحظة جديرة بالذكر . وهى أن كافة ما نعرض له من أحكام يجب أن يقترن ، بأن الدائن المرتهن لمنقول يحق له الاعتصام بقاعدة الحيازة فى المنقول سند الحائز . فإذا كان حسن النية وقت انتقال الحيازة إليه ، وتوافر

---

(١) انظر ماتقدم ص ١٠٤ وبصفة خاصة هامش ١ – وراجع حسن كيره الحقوق العينية الاصلية جـ ١ ص ٣٨٧ وما بعدها – اسماعيل غانم الحقوق الاصلية فقرة ١١٠ وما بعدها .

(٢) راجع ما سبق فقرة ٤٥ وما بعدها .

لديه السبب الصحيح وهو عقد الرهن ، جاز له الاحتجاج بحقه فى مواجهة كافة الشركاء حتى ولو كان تصرف الراهن معيباً لأنه انفرد بإجرائه دون موافقة باقى الشركاء .

إذا ما طرحنا هذا التحفظ جانباً . نستطيع إيجاز حكم رهن المال الشائع على النحو الآتى :

١ - الرهن الصادر من جميع الشركاء : نصت المادة ١٠٣٩ من التقنين المدنى بالنسبة إلى الرهن الرسمى ، على أن هذا الرهن يقع صحيحاً ، ويظل قائماً حتى ولو وقع العقار المرهون بعد القسمة فى نصيب أحد الشركاء فقط .

وقد اتجه جانب من الفقه إلى أن هذا الحكم استثنائى ينفرد به الرهن الرسمى . إذ أن الإبقاء على الرهن رغم وقوع العقار فى نصيب شريك واحد ، يجعل الشركاء الآخرين فى مركز من رهنوا ملك الغير . باعتبار أن الأثر الرجعى للقسمة يفضى إلى أنهم لم يكونوا مالكين من قبل لهذا العقار الذى اختص به أحدهم (١).

وقد يصلح سندا لتأييد هذا الاتجاه ما جاء فى المادة ٨٤٣ من التقنين المدنى التى تنص على أنه « يعتبر المتقاسم مالكا للحصة التى آلت إليه منذ أن تملك فى الشيوع وأنه لم يملك غيرها شيئا فى بقية الحصص » .

الاستجابة المطلقة إلى حكم هذه المادة أفضى بالرأى المتقدم إلى القول بأن الرهن الحيازى لمال مملوك على الشيوع إذا صدر من جميع الشركاء ، يظل مصيره معلقا على نتيجة القسمة فهو يبقى قائما إذا وقع المال المرهون فى أنصبة الشركاء الذين عقدوا الرهن . ولكن إذا اختص به أحدهم ، فإن الرهن يقتصر فقط على قدر من المال ، يعادل حصة هذا الشريك . أما الأجزاء

---

(١) أنظر عبد الفتاح عبد الباقى ص ٥٥٥ فقرة ٤٣٥ مكرر .

الأخرى من هذا المال فلا يصيبها الرهن إلا إذا أقر الشريك بعد القسمة الرهن الصادر من شركائه .

على أن هذا النظر المتقدم يستجيب إلى اطلاق فكرة الأثر الرجعى على نحو يجاوز فى تقديرنا الحكمة من الأخذ بها .

وقد سبق لنا أن وجهنا النقد إلى نص المادة ٨٤٣ من التقنين المدنى التى تطلق فى صياغتها الأثر الرجعى ، فتؤدى إلى إنكار حقيقة الشيوع الذى استمر خلال فترة كثيرا ما تطول ، بل وتفضى أيضا إلى اصطناع حكم لا يستجيب إلى الواقع . فالقول بأن الشريك تصرف فى ملك الغير أثناء الشيوع ، يجانب الصواب . ذلك أن كل شريك مشتاع كان يملك فى كل المال الشائع . ولكنها ملكية ذات طابع خاص . يظهر ذلك أولا من حيث محل الحق ، إذ لا يختص الشريك باستئثار مانع على محل الملكية ، بل يتعدد الملاك بقدر عدد الشركاء ، وينصب هذا التعدد على محل واحد هو المال الشائع كله . ثم ينعكس هذا الطابع الخاص نتيجة للخصيصة السابقة ، على مضمون الملكية بما تخول من استعمال واستغلال وتصرف . فيتقيد حق كل شريك فى مباشرة هذه السلطات بمزاحمة الشركاء الآخرين ، وعلى هذا النحو يتجرد من التسلط الانفرادى المانع الذى تتميز به الملكية فى صورتها المألوفة ، ويتمثل فى تسلط جماعى يعبر عن مصالح الشركاء مجتمعين .

ووظيفة القسمة هى فض الشيوع ، ورد الملكية إلى صورتها المألوفة ، بإزالة التعدد الوارد على محلها ، وإقصاء المزاحمة عن السلطات التى تخولها . ويتحقق ذلك بانكماش النطاق المادى لحق الشريك المشتاع على نحو يجعله مطابقاً للنطاق المعنوى ، الذى يعبر عنه بنسبة حسابية كالنصف أو الثلث . وبذلك يستقر حقه على نصيب متضح المعالم ، يختص به وحده ، وينفرد إزاءه بمباشرة سلطات المالك . وهذا هو ما يعنيه الفقه الحديث بالأثر الكاشف للقسمة .

هذا الاثر الكاشف اقتضى التسليم بأن الشريك المشتاع يتاقى نصيبه بعد

القسمة خاليا من الحقوق والتكاليف العينية ، التى انفرد أحد الشركاء الآخرين بتقريرها خلال الشيوع . فى فترة لم يكن له الحق فى الاستئثار بالتصرف . وهنا يبرز المعنى الحديث للأثر الكاشف للقسمة .

إذ مادام الشريك المشتاع لا يستأثر بنصيب مفرز أثناء قيام الشيوع ، بل تتزاحم حقوق الشركاء على الشيء كله ، فإنه من الضرورى أن تتقيد سلطة كل شريك فى التصرف بعدم الاضرار بحقوق الشركاء الآخرين .

على ضوء هذا النظر يظهر عدم جدوى الأثر الرجعى . فتصرف الشريك أثناء الشيوع ولو أنه صادر من مالك ، فهو لا يسرى فى مواجهة شركائه ، إذا كان فيه مساس بحقوقهم . وذلك لأنه تجاوز مضمون حقه ، فانفرد باجراء تصرف لم يكن له ولاية ابرامه ، نتيجة لتزاحم حقوق زملائه مع حقه (١) .

ويقتضى هذا التصوير الذى تخيرناه لتفسير نص المادة ٨٤٣ ، ولتحديد دلالة الأثر الكاشف للقسمة وإنكار الأثر الرجعى لها ، أن الرهن الحيازى الذى يقرره جميع الشركاء أثناء قيام الشيوع ، يقع صحيحا ويظل قائماً ، حتى ولو اختص أحد الشركاء دون غيره بهذا المال .

ونستعين فى تأصيل هذا النظر بأن الحكمة من عدم تأثر الشركاء بتصرف ينفرد به أحدهم تنتفى بصدور الرهن من جميع الشركاء . فاشتراكهم جميعا فى رهن المال يعبر عن إرادة جماعية كان لها ولاية التصرف وقت إجرائه . ولا يجوز للشريك الذى اختص بالمال الشائع بعد القسمة أن يشكو ضررا ، لأنه عبر عن رضائه بالرهن .

---

(١) راجع فى فساد اطلاق الأثر الرجعى اسماعيل غانم المرجع السابق فقرة ١١١ — حسن كيره المرجع السابق ص ٤٠٧ .

وبهذا التصوير المتقدم لا يكون الحكم الوارد فى الفقرة الأولى من المادة ١٠٣٩ فى الرهن الرسمي استثناء من القواعد العامة كما يقول بعض الشراح(١) بل ينطبق حكمها على الرهن الحيازى. وعلى هذا النحو يقع صحيحا الرهن الحيازى الذى يقرره جميع الشركاء أثناء قيام الشيوع . ويظل قائما حتى ولو اختص أحد المتقاسمين دون غيره بالشيء المرهون (٢) .

٢- **رهن الحصة الشائعة** : إذا رهن أحد الشركاء حصته الشائعة فى المال فهو بذلك يعقد تصرفا فى نطاق حقه . وفى هذا الشأن تنص المادة ٨٢٦ على أن كل شريك يملك حصته ملكا تاماً ، وله أن يتصرف فيها .

فإذا وقعت القسمة استقر حق الدائن المرتهن على النصيب المفرز للشريك الراهن بالقدر المعادل لقيمة الحصة الشائعة المرهونة .

وقد أثير الشك فى ظل القانون القديم حول جواز الرهن الحيازى للحصة الشائعة ، باعتبار أن عقد الرهن كان يشترط لانعقاده انتقال الحيازة إلى الدائن المرتهن . وكانت الحيازة المقصودة فى نظر القضاء المختلط هى الحيازة الفعلية ، وقد لا يتيسر تحققها بشأن الحصة الشائعة .

أما فى ظل التقنين المدنى الجديد فيجب التسليم بصحة عقد الرهن الحيازى لحصة شائعة . ويقع على الراهن التزام بتسليم المال المرهون . وعليه فى هذا السبيل أن يمكن الدائن المرتهن من حيازة المال المرهون . ويتيسر ادراك هذه الغاية بعدة وسائل . فقد يتراضى مع زملائه على قسمة مهايأة ، وبذلك ينقل إلى الدائن حيازة نصيب مفرز . وقد يتفق معهم أيضا على أن يحوز الدائن

(١) فى هذا الاتجاه شفيق شحاته فقرة ١١١ - عبد الفتاح عبد الباقى فقرة ٤٣٥ مكرر - سليمان مرقس ص ٣٤٦ هامش ١ .

(٢) فى هذا المعنى اسماعيل غانم المرجع السابق فقرة ٩٥ - حسن كيره المرجع السابق فقرة ١١٨ .

المرتهن المال الشائع كله ، وتكون حيازته فى هذا الشأن لأنصبة باقى الشركاء على أساس الوكالة مثلا فى إدارة هذا المال . بل وربما يعهد إلى أحد الشركاء بحيازة المال الشائع ، ويصدق عليه فى هذه الحالة بالنسبة إلى الحصة الشائعة المرهونة وصف « العدل » . وقد أجاز القانون فى نص المادة ١٠٩٦ أن يتفق المتعاقدان على تسليم المال المرهون إلى شخص آخر .

٣ـ **رهن الحصة المفرزة** : يقع أيضاً هذا الرهن صحيحا ، ولكن يتوقف مصيره على نتيجة القسمة . فاذا اختص الشريك بهذه الحصة المفرزة استقر الرهن عليها . أما إذا وقعت فى نصيب شريك آخر ، فهنا تبرز فكرة الأثر الرجعى للقسمة بالمعنى الضيق الذى تخيرناه . إذ لا يجوز أن يضار هذا الشريك ، من تصرف انفرد أحد زملائه بإجرائه . وعلى هذا النحو تخلص له حصته محررة من الرهن المقرر عليها .

ولكن المشرع لم يترك الدائن المرتهن بلا حماية . بل أجاز له أن يطالب بإبطال الرهن إذا كان يجهل أن الحصة المفرزة التى تقرر عليها كانت مملوكة على الشيوع . وحقه فى الإبطال هنا يستند إلى القواعد العامة فى الغلط ، إذ أنه لم يعلم بصفة جوهرية فى الشىء ، ولو علم بها لما أقدم على التعاقد .

أما إذا كان الدائن المرتهن على علم بأن الراهن يملك الحصة المرهونة على الشيوع ، فهنا يمتنع عليه التمسك بإبطال العقد . عندئذ ينطبق الحكم الذى ورد فى الفقرة الثانية من المادة ٨٢٦ (١) ، فينتقل الرهن من الحصة المفرزة التى تقرر عليها حق الدائن المرتهن ، إلى قدر معادل لها فى النصيب الذى اختص به الشريك الراهن .

---

(١) نصت المادة ٨٢٦ فى فقرتها الثانية على أنه « إذا كان التصرف منصبا على جزء مفرز من المال الشائع ولم يقع هذا الجزء عند القسمة فى نصيب المتصرف ، انتقل حق المتصرف اليه من وقت التصرف إلى الجزء الذى آل إلى المتصرف بطريق القسمة . وللمتصرف اليه ، إذا كان يجهل أن المتصرف لا يملك العين المتصرف فيها مفرزة ، الحق فى إبطال التصرف » .

يظهر مما تقدم أن المشرع استجاب لفكرة الأثر الكاشف بمعناه الذى تقدم لنا بيانه ، فاحترم حق كل متقاسم فى أى تخلص له حصته محررة من الحقوق العينية التى انفرد شريك آخر بتقريرها . ولكنه قرر حماية المتصرف اليه (وهو الدائن المرتهن فى نطاق بحثنا) ، فأوقع التصرف بعد القسمة على الجزء الذى آل إلى نصيب المتصرف (وهو الراهن) .

وتنبغى الإشارة بصفة خاصة أن الحكم المتقدم يصدق على الرهن الحيازى تطبيقاً للقواعد التى جاءت فى نص المادة ٨٢٦ . وقد حرصنا على عدم الإحالة إلى نص المادة ١٠٣٩ ، لأنها تضع فى صورة من صور تطبيقها حكما استثنائيا لا يجوز الأخذ به بلا نص صريح (١) .

وبيان ذلك أن القاعدة العامة فى التصرف فى المال الشائع تتناول الصورة التى يرد فيها التصرف على جزء مفرز من نفس المال ، ثم تقع القسمة فيختص الشريك بجزء مفرز آخر . مثال ذلك أن يرهن شريك قطعة معينة الحدود فى أرض زراعية مملوكة على الشيوع ، ثم تسفر القسمة عن اختصاصه بقطعة أخرى . هنا يستقر حق الدائن المرتهن على هذه القطعة الأخيرة تطبيقا لنص المادة ٨٢٦ .

أما الحكم الوارد فى نص المادة ١٠٣٩ بشأن الرهن الرسمى ، فيستفاد منه أن المشرع قد افترض تعدد العقارات المملوكة على الشيوع . فحكم بأن الرهن الصادر من شريك على حصة شائعة أو جزء مفرز من عقار ، ينتقل فى حدود قيمة الرهن إلى قدر من الأعيان التى اختص بها هذا الشريك إذا لم يقع العقار المرهون فى نصيبه .

---

(١) أنظر أيضا فى هذا المعنى عبد الفتاح عبد الباقى ص ٥٥٧ وما بعدها وراجع ما تقدم فقرة ٤٥ مكرر ص ١١٧ .

فى هذه الصورة أخذ المشرع بحكم بعيد المدى ، فهو يقرر مبدأ الحلول العينى بنقل الرهن من عقار إلى آخر . أما القاعدة العامة الواردة فى نص المادة ٨٢٦ ، فيظهر من صياغتها أن التصرف فى حصة مفرزة ، يستقر على الحصة التى تؤول للشريك المتصرف فى نفس المال الشائع .

وعلى هذا النحو يخضع الرهن الحيازى للقاعدة العامة التى تحكم التصرف فى المال الشائع ، ولا ينبغى الإحالة بشأنه إلى الأحكام الخاصة التى آثر المشرع بها الرهن الرسمى .

تعلق حق الدائن المرتهن بالمقابل النقدى الذى يستحق للشريك الراهن:

قدمنا فى دراسة مضمون الأفضلية بصدد الرهن الرسمى أن حق الدائن المرتهن يرد على المقابل النقدى الذى يستحق عن العقار المرهون .

ونرى أن هذه الصياغة المقترحة للأفضلية ينبغى أن نطلق أثرها بالنسبة إلى كافة الحقوق العينية التبعية ، باعتبار أن حق الدائن يتعلق بالقيمة الاقتصادية للمال المرهون (١) .

وتطبيقاً لهذا الاتجاه اذا لم يقع فى نصيب الشريك الراهن أى جزء من المال الشائع ، بل اختص مقابل حصته بمبلغ من النقود ، فإن الدائن المرتهن يتعلق حقه بهذا المبلغ (٢).

---

(١) راجع ماتقدم ص ١١٦ ، وبصفة خاصة فى دراسة وعاء الأفضلية فقرة ٩٠ ومابعدها .

(٢) أحال المشرع بصدد الرهن الحيازى فى م ٢/١١٠٢ إلى حكم م ١٠٤٩ التى تعلق حق الدائن المرتهن بالمقابل النقدى الذى يستحق عن هلاك العقار المرهون كعوض التأمين أو مبلغ التعويض أو مقابل نزع ملكية العقار للمنفعة العامة . ولكنه لم يطلق هذه الإحالة بالنسبة إلى م ١٠٥٦ التى تقرر أن الدائن المرتهن رهنا رسميا يستوفى حقه من ثمن العقار أو من المال الذى حل محله (راجع ما سبق فقرة ٩٤) .

ولكننا نميل مع ذلك إلى القول بأن الأفضلية التى يخولها الحق العينىالتبعى ، وبصرف النظر=

ثانيا — المال المرهون

١٦٩ — تنوع الاموال القابلة للرهن الحيازى :

نصت المادة ١٠٩٧ من التقنين المدنى على ما يأتى « لا يكون محلا للرهن الحيازى إلا ما يمكن بيعه استقلالا بالمزاد العلنى من منقول أو عقار » .

يستفاد من نص هذه المادة أن الرهن الحيازى فى القانون المصرى تأمين اتفاقى يرد على العقار والمنقول (١) . وقد أشرنا من قبل إلى أن ثمت محاولات

=عن نصوص القانون ، تتضمن تمكين الدائن المرتهن المزود بهذا الحق من استيفاء دينه من المقابل النقدى للمال المحمل بالتأمين . هذه الصياغة المطلقة للأفضلية تلائم طبيعة الحق العينى التبعى . فهو ينصب على المال المحمل بالتأمين فى كيانه الاقتصادى ، فيعلق حق الدائن بكل ترجمة نقدية للمال . بل ولا يجوز الاحتجاج بصدد رهن المال الشائع ، أن عدم وقوع أى جزء منه فى نصيب الراهن يجعله فى حكم من تصرف فى ملك الغير . فقد بينا أن هذا الافتراض يجب الاستغناء عنه، والاكتفاء بالأثر الكاشف للقسمة لحماية الشركاء الآخرين . وهذا يفترض أن تخلص الحصة المرهونة إلى نصيب المتقاسم محررة من الرهن . ولكن يتعلق حق الدائن المرتهن بالمقابل النقدى الذى اختص الراهن به نتيجة القسمة .

(١) الرهن الحيازى فى القانون الفرنسى nantissement ينقسم إلى نوعين ، يتميز كل منهما بطابع خاص وآثار مختلفة . فهو إذا ورد على عقار يسمى antichrèse ، وإذا كان محله منقولا سمى gage . والرهن العقارى تقتصر فيه سلطات الدائن على حقه فى استغلال العقار ، واستنزال الدين والفوائد من غلة هذا الاستغلال . ويحق له أيضا حبس العقار تحت يده حتى يستوفى دينه ، ويحتج بهذا الحبس فى مواجهة كل دائن عادى ، وكل دائن مزود بتأمين قام بشهره فى تاريخ لاحق على تسجيل الرهن . وإذا باشر إجراءات بيع العقار فليس له أفضلية على ثمنه بل يخضع لقاعدة المساواة — (راجع بودان وفواران ج ١٣ فقرة ٢٣٧ حيث يرى أن حق الدائن فى حبس العقار يخول أفضلية واقعية — كما أن بعض الشراح يقررون له امتيازا على ثمن العقار). أما رهن المنقول فهو لا يمنح الدائن الحق فى استثماره ، ولكن تنتقل اليه حيازة الشىء فيحتفظ به كضمان للوفاء بدينه ، فاذا لم يستوف حقه جاز له إجراء بيعه ، وهو فى هذا الصدد يشترك فى توزيع الثمن كدائن ممتاز حسب المرتبة التى يخولها الرهن . ومن هنا يظهر اذن أن التأمين العقارى فى صورته الحيازية أداة قانونية تقتصر على تأمين الدائن باستهلاك الدين من ثمرات العقار ، أما التأمين الوارد على المنقول فيمكن الدائن من أن يباشر الأفضلية على الثمن. (راجع كانكاروليه =

قد بذلت لإلغاء الرهن الحيازى العقارى فى المرحلةالنهائية لإعداد المشروع. ولكن ذيوعه فى البيئات الريفية ، واعتياد صغار الزراع عليه . غلب الاتجاه الذى كان يدافع عن الإبقاء عليه . لاسيما وأنه لا يقتصر على كونه وسيلة من وسائل الضمان الخاص . بل هو أداة فعالة لتمكين الدائن من استيفاء دينه ، وذلك عن طريق إلزامه باستغلال العقار على نحو يغل أكثر الثمرات ، ومنها يستطيع استهلاك الدين وما يتصل به من ملحقات (١) . وهو بهذه المثابة يكفل الوفاء التدريجى للديون .

العقارات : لسنا فى حاجة إلى إعادة النظر فى وعاء هذا التأمين الحيازى إذا كان منصباً على العقار ، إذ يكفى فى هذا الصدد ما سبق تفصيله فى دراسة الرهن الرسمى .

ولكن تنبغى الإشارة فقط أن تحديد ملحقات العقار فى الرهن الحيازى يقع فى الغالب من الأمر وفقاً لاتفاق المتعاقدين ، وذلك باعتبار أن حيازة العقار تنتقل إلى الدائن . فهو الذى يوجه استغلاله ، ويحصل على ثمراته لخصمها من الدين وملحقاته .

على أنه لو خصص المالك منقولات معينة لخدمة العقار أو استغلاله اعتبرت

= la noticon de gage en droit privé رسالة من بوردو ١٩٣٧ ص٥٠٠ ومابعدها)

وجدير بالاشارة أن نسجل اتجاه المشرع المصرى فى عدم اتباع مسلك القانون الفرنسى. فقد سوى بين العقار والمنقول من حيث وجوب استثمار المال ، واستهلاك الدين من الغلة . وسوى بينهما أيضا من حيث أن الدائن يتمتع بأفضلية فى استيفاء حقه إذا بيع المال بيعا جبريا . على أنه يلاحظ عملا أن الاستثمار ، وإن أصبح واجبا على الدائن ، فهو غير ميسور التحقيق فى كل المنقولات بل لا يصلح الكثير منها إلا لمجرد احتفاظ الدائن بها كضمان ، توطئة لبيعها عند استحقاق الدين واستيفائه من ثمن بيعها .

ولعله كان من الأوفق فى تقديرنا أن يفصل التقنين المدنى الجديد فى التنظيم الذى أتى به بين الرهن الحيازى العقارى والرهن الذى يرد على المنقولات .

(١) راجع جـ ٧ الأعمال التحضيرية ص ٢٤٥ وما بعدها .

من توابعه . وكذلك يكون الحكم أيضاً بالنسبة إلى حقوق الارتفاق المقررة لصالح العقار . وبالنسبة إلى كافة التحسينات التي تضاف إليه ، أو المنشآت التي تقام على الأرض . ويراعى ندرة وقوع هذا الفرض ، إلا إذا باشره الدائن بنفسه كطريقة من طرق استغلال العقار .

ويلاحظ فى الواقع أن هذا الرهن كثير الذيوع بالنسبة إلى الأراضى الزراعية . أما فى العقارات المبنية . وحيث تكون مشيدة عادة فى المدن ، فالصورة الغالبة لتقرير ضمان خاص عليها ، هو الرهن الرسمى . وبعد فهو تأمين أكثر انتشاراً فى البيئات المتحضرة . إذ أنه يكفل للمدين أن يحتفظ بحيازة العقار ، فيخضع لسيطرته من حيث الاستغلال والاستئثار بالثمرات .

المنقولات : وهى فى الواقع الأموال التى تستجيب طبيعتها إلى هذا التأمين الاتفاقى القائم على انتقال الحيازة إلى الدائن المرتهن . ذلك أن بقاءها تحت يد المدين لا يؤمن مصلحة الدائن . فهى بطبيعتها ميسورة الإخفاء . بل والتصرف فيها إلى شخص حسن النية ، يفقد الدائن الضمان الذى اكتسبه عليها .

هذه المخاطر المتقدمة جعلت التشريعات منذ وقت بعيد تتخير للمنقولات وسيلة للضمان الخاص ، تقوم على اخضاعها لسيطرة الدائن . ولا يتيسر ذلك إلا بنقل حيازتها اليه . على أنه لا يخفى ما تتضمنه هذه الأداة من عيوب ، أخصها حرمان المدين من منافعها ، وحبسها عن التداول حتى يستحق أجل الدين ، فيجرى بيعها ويستوفى الدائن حقه .

وقد يحمد حرص المشرع المصرى فى التقنين الجديد على الزام الدائن باستثمارها وخصم الدين عن غلة الاستثمار . ولكن يراعى أن ذلك غير ميسور الادراك فى كل الأحوال فثمت منقولات لا تحقق النفع منها إلا باستخدامها والحصول على منافعها مباشرة . ولعل أكثر المنقولات استجابة إلى هذا الالتزام الذى قرره القانون المصرى ، هى الأوراق المالية فهى أموال منقولة تدر دخلا أو ربحا ، وبهذا الوصف تصلح أداة فعالة لاستهلاك الديون .

وأيا كان الأمر فقد أطلق المشرع المصرى وعاء الأفضلية فى الرهن الحيازى ، فجعله يتسع لكافة الأموال المنقولة مادام من الجائز بيعها بالمزاد العلنى . وبعبارة أخرى كل مال منقول يستطيع الدائن أن يجرى بيعه ، ويستوفى دينه من ثمن البيع ، يصلح محلا للرهن الحيازى .

يصدق هذا الحكم على **المنقولات المادية** بصفة عامة . فيجوز مثلا رهن المجوهرات والبضائع ودواب الاستعمال . بل ويجوز رهن الأشياء المثلية ، ويكتسب الدائن المرتهن حقه العينى بإفرازها ، مثال ذلك رهن المحاصيل الزراعية كالحبوب والأقطان .

وقد اعتبرت السندات لحاملها على الرأى الراجح (١) وفى تصوير التقنين المدنى الجديد ـ م ١١١٨ ـ (٢) من قبيل المنقولات المادية ، باعتبار أن حق الدائنية الذى تتضمنه يتجسد فى السند ، فيكون تداوله وبالتالى رهنه خاضعا لحكم الشىء المادى .

يجوز أيضا رهن النقود . وقد جرى الاصطلاح على سبيل الخطأ والتجاوز باعتبار هذا الضمان صورة من صور الكفالة . والصحيح أننا بصدد رهن حيازى تنتقل بمقتضاه إلى حيازة الدائن مبالغ من النقود ضمانا للوفاء بما قد يستحق له من ديون فى ذمة المدين . وهو ضمان كثير الوقوع فى الحياة العملية ، فى الصور التى يتعاقد فيها شخص مع آخر ويدفع له مبلغا من النقود ضمانا لتنفيذ التزاماته . من ذلك مثلا ما يدفعه المستأجر ضمانا للوفاء بما قد يستحق فى ذمته من تعويض ، أو ما يؤديه الأفراد كتأمين معجل لبعض المصالح الحكومية لقاء خدمات عامة كاشتراك التليفون أو أجرة المياه . ويلاحظ بطبيعة الحال

---

(١) أنظر جبرييل جابولد أنسكلوبيدى داللوز ـ ٢ لفظ gage ص ٨٦٢ فقرة ١٩٤ .

(٢) نصت المادة ١١١٨ فى فقرتها الأولى على أن الأحكام المتعلقة بالآثار التى تترتب على حيازة المنقولات المادية والسندات التى لحاملها تسرى على رهن المنقول .

أن مثل هذا الضمان يتميز بطابع خاص ، ذلك أن النقود تختلط بمالية الدائن . ومن ثم فهو يلتزم برد مثلها فى حالة استيفائه للديون المستحقة له .

آخيراً نشير إلى حكم سبق بيانه ، وهو أن بعض المنقولات المادية قد استجابت طبيعتها إلى تقرير ضمان عليها قريب الشبه بالرهن الرسمى ، وقد استقرت التشريعات الحديثة على عدم رهنها رهن حيازة . مثال ذلك رهن السفن الذى يخضع فى مصر لأحكام تكاد تتفق مع الرهن الرسمى (ينظم رهن السفن القانون رقم ٣٥ لسنة ١٩٥١ الخاص بحقوق الامتياز والرهون البحرية(١)

المنقولات المعنوية : لا يقتصر محل الرهن الحيازى على الأشياء المادية فقط بل يتناول أيضاً الأموال المنقولة المعنوية . وهو بهذه المثابة يستخدم أداة ضمان فعالة لتيسير الائتمان فى ميادين المال والتجارة .

وأول ما نشير إليه فى هذا الصدد أن المعيار الذى تخيرناه للحقوق العينية التبعية لا يصدق إلا على المنقولات المادية ، فهى فقط التى يكتسب الدائن المرتهن حقاً عينياً تبعياً عليها . أما بالنسبة للمنقولات المعنوية فنكون بصدد حكم أقره القانون ، يكفل للدائن بمقتضاه أن يفلت من قاعدة المساواة بين الدائنين ، ويتقدم عليهم فى استيفاء دينه من ثمن بيع المال . وسنعنى بصفة خاصة بتحليل هذا الاتجاه فى دراستنا لرهن الديون (٢) .

وأياً ما كان الأمر فالمسلم به فى التشريعات المعاصرة ومن بينها القانون المصرى أن المنقولات المعنوية يجوز أن تكون محلا لتأمين اتفاقى .

والأداة القانونية التى تستخدم لتقرير ضمان خاص بمقتضاها هى الرهن الحيازى . وبعد فهو التأمين الاتفاقى الوحيد الذى عرفه التقنين المدنى بالنسبة إلى

---

(١) انظر مصطفى كمال طه أصول القانون البحرى ص ٧٢٧ فقرة ٧٤٨ .

(٢) راجع ماتقدم ص ٦١ .

المنقولات . على أنه اضطر بطبيعة الحال ، تحقيقاً لشرط الحيازة الذى اعتبره أساسياً لعلانية الرهن والاحتجاج به فى مواجهة الغير . أن يخضعها لبعض أحكام خاصة سنشير إليها أيضا فى رهن الديون .

وقد سجل العصر الحديث رواجا واسع النطاق لهذه الطائفة الجديدة من القيم المنقولة . فلم تعد الملكية قاصرة كما كانت من قبل ، على حيازة أشياء مادية والانتفاع بمزاياها ، بل اتجهت رؤوس الأموال وجهة جديدة فى الاستثمار ، أمكن بمقتضاها تملك أوراق مالية تدر على صاحبها دخلا أو ربحا منتظما . وبذلك احتلت هذه المنقولات مكانا هاما فى الثروات الفردية ، وغدت أداة صالحة لمنح الائتمان (١) .

والمنقولات المعنوية التى يجوز رهنها تتعدد من حيث أنواعها . وهى خاضعة للتطور الذى قد يكشف عن الجديد منها . ولعل أقدم أنواع هذه الأموال المعنوية هى الديون العادية أو الحقوق الشخصية ، التى اعترفت التشريعات بجواز رهنها منذ زمن بعيد ، وأقر ذلك التقنين الجديد بتنظيم تشريعى مفصل لرهن الدين .

ويجوز أيضاً رهن الأسهم والسندات الإسمية والإذنية ، وقد اعتبر المشرع السندات التى لحاملها من قبيل المنقولات المادية بالنسبة لتطبيق قاعدة الحيازة فى المنقول سند الحائز .

ومن أهم تطبيقات رهن الحقوق الشخصية التى أتيح لها رواجا ، هو رهن وثائق التأمين ، إذ بمقتضاه يستطيع المؤمن له أن يقترض مبلغا من النقود ،

---

(١) أنظر فى التطور الحديث للأموال المنقولة وأثرها على أحكام القانون جورج ريبير Aspects juridques du capitalisme moderen باريس ١٩٤٦ ص ١٢٤ وما بعدها .

ويمنح ضمانا للوفاء به ، ما يستحق له فى ذمة شركة التأمين (١) .

كذلك أيضا يجوز رهن حقوق الاستغلال المالى فى التأليف والابتكار . ويلاحظ أن الحق الأدبى للمؤلف أو المبتكر بما يتضمن من مزايا شخصية يعتبر من الحقوق اللصقية الشخصية ، وهو بهذه المثابة لا يجوز الحجز عليه وبالتالى لا يجوز رهنه أيضا (٢) .

---

(١) أنظر كانكارليه المرجع السابق ص ١١٣ وما بعدها .

(٢) تنص المادة ١٠ من القانون رقم ٣٥٤ لسنة ١٩٥٤ لحماية حق المؤلف على ما يأتى « لا يجوز الحجز على حق المؤلف ، وإنما يجوز الحجز على نسخ المصنف الذى تم نشره ، ولا يجوز الحجز على المصنفات التى يموت صاحبها قبل نشرها مالم يثبت بصفة قاطعة أنه استهدف نشرها قبل وفاته » . ثم نصت المادة ٣٧ على أن « للمؤلف أن ينقل إلى الغير الحق فى مباشرة حقوق حقوق الاستغلال المنصوص عليها فى المواد ٥ (فقرة ا) و ٦ و ٧ (فقرة ا) من هذا القانون ، على أن نقل أحد الحقوق لا يترتب عليه مباشرة حق آخر . ويشترط لتمام التصرف أن يكون مكتوبا وأن يحدد فيه صراحة وبالتفصيل كل حق على حدة يكون محل التصرف مع بيان مداه والغرض منه ومدة الاستغلال ومكانه » .

يستفاد من نص م ٣٧ أن المؤلف يجوز له التصرف فى الحقوق التى أشارت إليهما المادة بطريق الاحالة . وهى تتناول ١ — الحق فى الاستغلال المالى بأية طريقة من الطرق ٢ — نقل المصنف إلى الجمهور بطريقة مباشرة (كالتلاوة العلنية أو الأداء التمثيلى أو العرض السينمائى أو الاذاعة مثلا (أو بطريقة غير مباشرة بنسخ صور منه تكون فى متناول الجمهور عن طريق الطباعة أو التصوير مثلا ٣ — الحق فى ترجمة المصنف إلى لغة أخرى .

ويشترط لتمام هذا التصرف أن يفرغ فى وثيقة مكتوبة وأن يتضمن بيانات معينة يخصص بالذكر فيها الحق الذى تصرف فيه المؤلف ، وبيان نطاق التصرف فيه ، وتحديد الغرض من التصرف (هل هو بيع أو تبرع أو رهن مثلا) مع ذكر مدة الاستغلال ومكانه .

على ضوء هذا التحديد من حيث انواع الحقوق التى يجوز للمؤلف أن يتصرف فيها ، وشروط صحة التصرف ، يمكن القول بجواز رهن الاستغلال المالى فى الحدود المتقدمة . فإذا اقترض المؤلف مبلغاً من النقود بضمان هذا الرهن ، ولم يسدده فى مواعيد استحقاقه ، جاز للدائن المرتهن أن يستوفى دينه باستنزاله من غلة الاستغلال ويحق له أيضا إذا لم تف هذه الغلة باستهلاك الدين أن يبيع حق الاستغلال ويستوفى حقه من ثمن البيع .

١٧٠ — ملحقات المال المرهون :

لم يرد فى باب الرهن الحيازى نص على غرار ما جاء بشأن الرهن الرسمى يبين ملحقات المال المرهون . إنما يلاحظ فى هذا الشأن أن المشرع وهو بصدد بيان أحكام التزام الراهن بالتسليم (م ١٠٩٩/٢) قرر أنه يسرى على الالتزام بتسليم الشيء المرهون أحكام الالتزام بتسليم الشيء المبيع .

وقد جاء فى المادة ٤٣٢ فى عقد البيع أن التسليم يشمل ملحقات الشيء المبيع وكل ما أعد بصفة دائمة لاستعمال هذا الشيء ، وذلك طبقاً لما تقضى به طبيعة الأشياء وعرف الجهة وقصد المتعاقدين .

على ضوء هذا المعيار يمكن تحديد ملحقات المال المرهون فى كل حالة على انفراد . وهو يمتد بصفة خاصة فى رهن العقار إلى المنقولات المخصصة لخدمته أو استغلاله أى العقار بالتخصيص ، وحقوق الارتفاق ، وما يطرأ عليه من تحسينات أو يقام من منشآت كما سبق البيان .

وإذا كان الرهن وارداً على منقول امتد أيضاً إلى ماقد يلزم من أشياء لاستعماله أو لاستغلاله ، وذلك كرهن بعض الآلات الميكانيكية فهو يتناول أيضا قطع الغيار اللازمة للاستفادة منها .

ولما كان هذا الرهن ينقل حيازة المال إلى الدائن المرتهن ، فالغالب من الأمر أن يرجع إلى إرادة المتعاقدين لتحديد ما اتفقا عليه من ملحقات للمال المرهون

١٧١ - تخصيص الرهن من حيث المال المرهون :

لم تتضمن أحكام الرهن الحيازى حكماً يقابل ما جاء فى نص المادة ١٠٣٥ بوجوب تخصيص العقار المرهون رهناً رسمياً .

على أن أول مايراعى فى هذا الصدد أن المشرع أبطل رهن الأموال المستقبلة .

وقد قرر هذا الحكم بشأن الرهن الحيازى بطريق الإحالة إلى ما جاء فى باب الرهن الرسمى ، حيث نصت المادة ١٠٩٨ على أنه « تسرى على الرهن الحيازى أحكام المادة ١٢٠٣ (وهى الخاصة برهن ملك الغير وبطلان رهن المال المستقبل) » .

وقد أشرنا من قبل إلى أن بطلان رهن المال المستقبل وثيق الصلة بمبدأ تخصيص الرهن ، وحرص المشرع على أن يحد من شهوات المدين بوجوب بيان الأموال التى تقرر عليها الضمان الخاص .

وعلى هذا النحو يمكن القول إن الرهن الحيازى خاضع لمبدأ التخصيص مع مراعاة الملاحظات الآتية :

١ ــ يكفى أن يكون المال المرهون معنيا أو قابلا للتعيين . فاذا كان معينا بالذات ومملوكا للراهن اكتسب الدائن المرتهن حق الرهن فور التعاقد . أما إذا كان معينا بنوعه فقط كأشياء مثلية فهنا لا يتقرر الحق العينى للدائن إلا بالإفراز (م ٢٠٤ ، ٢٠٥ من التقنين المدنى) .

هذا الحكم يستجيب إلى طبيعة الحق العينى الذى لا يتقرر إلا بتعيين محله بالذات . ويجوز للدائن إن رأى مصلحته فى ذلك أن يلجأ إلى القاضى للحصول على أشياء من النوع المبين فى العقد على نفقة المدين . على أنه يغلب فى هذه الصورة أن يفضل الدائن فسخ الرهن والمطالبة بأداء الدين .

٢ ــ اشترط المشرع لنفاذ الرهن فى مواجهة الغير أن يكون المال المرهون مخصصا على سبيل التحديد . فبالنسبة للعقار أوجب قيد الرهن (م ١١١٤) ، وقد سبق لنا أن بينا وجوب تخصيص العقار المرهون فى قائمة القيد . وإذا ورد الرهن على منقول مادى ، استلزم لسريانه فى مواجهة الغير أن يدون فى ورقة ثابتة التاريخ يبين فيها المبلغ المضمون بالرهن ، والعين المرهونة بيانا كافيا .

يستفاد مما تقدم وجوب إخضاع الرهن لمبدأ التخصيص حتى يكتسب الدائن

المرتهن حقه ، ويجوز له الاحتجاج به فى مواجهة الغير .

ثالثا - الالتزام المضمون

١٧٢ - خضوعه لمبدأ التخصيص - احالة بشأن الديون الاحتمالية :

الرهن الحيازى بوصفه من نظم التأمينات ، يخضع لمبدأ التبعية . وعلى هذا النحو يجب أن يستند تقريره إلى وجود التزام مضمون توافرت فيه أسباب الصحة. وهو يرتبط بمصير الدين فيكون تابعا له فى صحته وانقضائه .

ويخضع الالتزام المضمون لمبدأ تخصيص الرهن أيضا . وقد حرص المشرع على ترديد الحكم المتصل بتقرير الرهن ضمانا للوفاء بديون مستقبلة أو احتمالية ، فأوقعه صحيحا بشرط تحديد قدر الدين المضمون أو فى القليل بيان حده الأقصى . هذا الحكم ورد فى المادة ١٠٩٨ التى تتضمن الإحالة إلى المادة ١٠٤٠ الواردة فى باب الرهن الرسمى ، ولذا نكتفى بمجرد الإشارة إليه (١) .

وقد جاء صدى مبدأ التخصيص بالنسبة للالتزام المضمون فى شرط سريان الرهن الحيازى على الغير . فأوجب المشرع بيان مقدار الدين فى قائمة قيد الرهن العقارى ، واستلزم أيضا ذكره فى الورقة المكتوبة ذات التاريخ الثابت فى رهن المنقولات المادية .

أخيرا يلاحظ بشأن الالتزام المضمون أن المشرع المصرى أجاز تقرير عدة رهون على مال واحد ضمانا للوفاء بديون متعددة . وفى هذا الشأن تنص المادة

---

(١) راجع ماتقدم فقرة ٥٠ ص ١٤٦ ومابعدها .

١١٠٩ فى فقرتها الثانية على «أنه يجوز أن يكون الشىء المرهون ضامنا لعدة ديون » (١) .

المشرع بتقريره هذا الحكم ، يروج ائتمان المدين ، فيمكنه من استخدام مال واحد لضمان الوفاء بعدة ديون . وقد يسر انتقال الحيازة ، فأجاز أن تكون لأجنبي يسمى فى لغة الشرع « بالعدل » ، وهو يتسلم المال نيابة عن جميع الدائنين . بل وليس ثمة ما يمنع أن تكون الحيازة لأحد الدائنين ، يدير المال ويستثمره أصيلا عن نفسه ونائبا عن الآخرين .

(١) جاء فى المذكرة الايضاحية للمشروع التمهيدى ما يأتى « قد يسلم الشىء لأجنبى يكون نائبا فى الحيازة ويسمى عدلا ، ويستطيع العدل أن ينوب عن مرتهنين متعددين لنفس الشىء . بل يستطيع أحد الدائنين المرتهنين أن يحوز أصيلا عن نفسه بصفته مرتهنا ، ونائبا عن غيره بصفته عدلا . فوجود الشىء المرهون فى حيازة العدل يمكن الراهن إذن من أن يرهن الشىء رهن حيازة أكثر من مرة مجموعة الأعمال التحضيرية ج ٧ ص ٢٢٨ .

المبحث الثانى

(سريان الرهن الحيازى فى مواجهة الغير)

١٧٣ – الدائن يكتسب حقاً عينياً تبعياً بمجرد التعاقد اذا ورد الرهن على شيء مادى معين بالذات : —

بينا فى التمهيد لدراسة التأمينات العينية أن العبرة فى تحديد معيار الحق العينى هى بالمحل الذى يرد عليه. وخلصنا فى نهاية البحث إلى أن الحق يكون عينياً إذا تقرر على شيء مادى معين بالذات.

على هذا النحو يصدق المعيار المتقدم على الدائن المرتهن رهن حيازة إذا تقرر حقه على عقار أو منقول مادى معين بالذات. ويكتسب الدائن هذا الحق العينى التبعى بمجرد التعاقد بقوة القانون. فى هذا المعنى تنص المادة ٢٠٤ من التقنين المدنى على أن « الالتزام بنقل الملكية أو أى حق عينى آخر ينقل من تلقاء نفسه هذا الحق، إذا كان محل الالتزام شيئا معينا بالذات، يملكه الملتزم وذلك دون إخلال بالقواعد المتعلقة بالتسجيل ».

يستفاد من هذا النص أن الالتزام بنقل حق عينى، يتم تنفيذه من تلقاء نفسه فينقل الحق العينى إلى الدائن بقوة القانون، إذا كان الشيء الذى يقع عليه الالتزام معينا بالذات ومملوكا للمدين.

ويعنينا فى نطاق بحثنا الحق العينى الذى يكتسبه الدائن المرتهن. ويلاحظ بشأنه أن المشرع المصرى قد أوقع على المدين التزاما بتقرير الحق العينى، ولكنه رتب هذا الأثر بقوة القانون فور تمام العقد. ومن هنا يتعاصر انقضاء الالتزام بتقرير الحق العينى مع اكتسابه.

فإذا ورد الرهن على منقول، وكان عينا معينة بالذات يملكها المدين،

كمجوهرات أو سيارة ، يكتسب الدائن المرتهن حق الرهن فور إنشاء العقد .

وإذا كان محل الرهن عقاراً ، فهو يخضع أيضا للحكم المتقدم متى كان معينا تعيينا دقيقا فى العقد .

نخاص إذن مما سبق أن الحق العينى التبعى يترتب متى توافرت الشروط السابقة . ولا يلزم لترتيب هذا الأثر أن تنتقل حيازة الشيء المرهون للدائن المرتهن ، أو أن تتوافر الشروط الشكلية المتعلقة بسريان الرهن فى مواجهة الغير . ونعنى بذلك إجراء القيد فى الرهن العقارى ، وثبوت التاريخ فى ورقة مكتوبة بالنسبة لرهن المنقول المادى (١) .

---

(١) يقرر الدكتور شفيق شحاته فى كتابه عن النظرية العامة للتأمين العينى ص ٤٣ ومابعدها ما يأتى « المصدر الحقيقى للرهن الحيازى العقارى هو واقعة القيد ، والمصدر المباشر لرهن المنقول هو واقعة التسليم وبعض الاجراءات الشكلية . فان لم يحصل القيد أو يسلم المنقول ، فلا يكون هناك رهن حيازى . أما عقد الرهن الحيازى فلا ينشيء سوى التزامات شخصية يلتزم بمقتضاها الراهن ببعض الأعمال أو بتسليم المنقول . فن المهم أن نميز تمييزاً واضحا ، بين عقد الرهن والرهن نفسه . أما العقد فلا يمكن أن يتولد عنه التأمين العينى بمايستوجبه ، من حق التقدم وحق التتبع . ذلك أن العقد يقتصر أثره فى الأصل على المتعاقدين ولا يتعداهما ، فى حين أن التأمين العينى يظهر أثره ابتداء فى حق الغير . ولذلك فهو لا ينشأ إلا عن تلك الواقعة القانونية التى جعلها القانون مصدراً للتأمين العينى . وليس صحيحاً ما يقال من أن عقد الرهن ينشيء حق الرهن فيما بين المتعاقدين ، وأن القيد يجعل هذا الحق ، نافذا على الغير . فالواقع أن حق الرهن لا وجود له فيما بين المتعاقدين ولا ينشأ عن عقد الرهن . وهو إذا نشأ كان حتما نافذا فى حق الغير ، وإلا لما كانت هناك فائدة من وجوده . ولذلك نقول إن الرهن مصدره القيد أو التسليم بحسب الأحوال لا العقد » . (نقلنا هذه الفقرات عن الدكتور شفيق شحاته ، واكتفينا منها بما يتعلق بالرهن الحيازى ، أما ما يتصل بغيرها من التأمينات فقد أشرنا اليها فى موضع دراستها — راجع ص ١٧٩ هامش ١ فى الرهن الرسمى ، ص٤٠١ هامش٢ فى حق الاختصاص) .

أتيح لنا فيما تقدم (راجع الاشارة السابقة إلى الرهن الرسمى) أن نسجل بعض ملاحظات على هذا الاتجاه فيما يتصل برهن العقار ... وخلاصة القول منها أن النظرية التى يدافع عنها الدكتور شفيق شحاته تؤدى حتما إلى النتيجة التى وصل اليها . فهو يبدأ بانكار فكرة الحقوق العينية التبعية ، ويجعل التأمين العينى مجرد وصف للالتزام يقتصر أثره على الاخلال بقاعدة المساواة بين الدائنين بتمكين الدائن المزود به من استيفاء دينه مفضلا على غيره . هذه الأفضلية لايكتسبها الدائن فعلا إلا بسريان الرهن فى مواجهة الغير ، وذلك يتم باجراء القيد .

أخيراً تنبغي الإشارة إلى أن الأحكام المتقدمة لاتصدق على رهن الديون .

= وقد رجحنا مع الفقه السائد وجوب الابقاء على الحقوق العينية التبعية ، واتخذنا معيارا لتقريرها أن يرد حق الدائن على شيء معين بالذات ، فالعبرة اذن بمحل الحق . هذا الحق يكتسبه الدائن المرتهن بمجرد التعاقد متى كان الشيء معينا بالذات ومملوكا للمدين وذلك (بصرح نص المادة ٢٠٤) . أما القيد فهو اجراء ارتضاه المشرع المصرى كعنصر علانية يجب أن يتوافر فى كافة التصرفات القانونية الواردة على العقارات . والحكمة منه أن التشريعات المعاصرة ، حماية للائتمان العقارى ، أرادت أن تكفل للغير وسيلة فعالة للعلم بالحالة القانونية لكل عقار ، حتى لا يفاجأ شخص بتصرف قانونى بقى أمره سرا بين عاقديه .

وقد بينا من قبل بصدد الرهن الرسمى أن الدائن المرتهن يتعلق حقه بالعقار فور انشاء العقد ، وأنه يترتب على ذلك تقييد حق المالك فى الاستعمال بالقدر اللازم لحماية التأمين العينى .

ولهذا الاتجاه الذى نذهب اليه أهمية خاصة فى حالة اعسار المدين . فلو سلمنا بأن الحق العينى يتقرر للدائن فور التعاقد أمكن القول بأن اجراء قيده جائز بعد تسجيل صحيفة دعوى الاعسار باعتبار أن حق الدائن قد تعلق بالعقار بانعقاد الرهن قبل هذا التاريخ . أما القول بأن واقعة القيد هى مصدر التأمين العينى ، فيفضى إلى عدم سريان الرهن فى مواجهة الدائنين إذا تم قيده بعد تسجيل صحيفة دعوى الاعسار .

ويلاحظ بالنسبة للرهن الحيازى العقارى أن حق الدائن يتضمن سلطات متعددة ، فهو يستغل العقار ، ويستهلك الدين وملحقاته (من مصاريف وفوائد) من الثمرات التى يغلها ، ويكتسب افضلية فى استيفاء دينه من ثمن بيع العقار ، ثم له أن يتتبعه تحت يد الغير إذا تصرف فيه الراهن . والرهن الحيازى العقارى بالوصف المتقدم نظام قانونى يلزم لترتيب آثاره كاملة أن تتوافر فيه شروط متعددة . فهو يكسب الحق العينى بمجرد التعاقد ، وعلى هذا النحو يخول الدائن الاستثمار واستنزال الدين من قيمة الغلة . أما الأفضلية والتتبع فيجب لسريانها فى مواجهة الغير أن يكون الرهن مقيدا . وهنا يظهر القيد كأداة قانونية للاعلان عن الحق . ولعل هذه الأداة كانت واجبة التقرير لحسم التزاحم بين عدة أشخاص اكتسبوا حقوقا عينية على عقار واحد . ولو اكتفى المشرع بأن العبرة بالاسبقية فى التعاقد ، لأفضى ذلك إلى تعطيل تداول الثروة العقارية ، حيث يتعذر على الفرد حينئذ أن يكون على بينة من أمر كل التصرفات القانونية التى عقدها مالك العقار .

يتضح إذن مما تقدم أن الحق العينى يتقرر فى تقديرنا بمجرد التعاقد (وهو ما تنص عليه أيضا المادة ٢٠٤) . أما القيد فهو إجراء لازم للاعلان عن الحالة القانونية للعقار ، والجزاء الحاسم لحث الدائن على اجرائه هو تقرير عدم سريان حقه فى مواجهة الغير إذا اهمل فيه .

أما بالنسبة للمنقولات فالأمر يبدو لنا أكثر وضوحا ، ذلك أن الدائن يكتسب أيضا حق الرهن فور انشاء التعاقد إذا كان المنقول مملوكا للمدين ومعينا بالذات . أما التسليم فهو التزام متفرع عن الحق العينى . وقد كان على المشرع أن يتخير اداة قانونية ملائمة لتمكين الغير من العلم بالرهن ، =

فالدائن الذى يرتهن ديناً مستحقاً لمدينه فى ذمة الغير، ضماناً للوفاء بحقه لا يكتسب

=فلم يرى وسيلة خيرا من نقل الحيازة للدائن المرتهن. على أن ذلك لا يقضى القول بأن مصدر الرهن هو واقعة التسليم.

وليس أدل على ذلك من أن المدين إذا تصرف فى المنقول بعد رهنه، وانتقلت حيازته إلى يد متصرف اليه سيء النية، جاز للدائن المرتهن الاحتجاج بالرهن فى مواجهته.

إذ يشترط فى هذه الحالة أن يتوافر فى المتصرف اليه حسن النية والسبب الصحيح فى اعتباره الشيء خاليا من التكاليف والقيود العينية حتى يكتسب ملكية خالصة.

يظهر إذن من الحكم المتقدم أن التزاحم بين من اكتسب ملكية المنقول، والدائن المرتهن، هو تزاحم بين شخصين اكتسب كل منهما حقا عينياً على المنقول.

وإذا كان المتصرف اليه حسن النية، جاز له أن يتجاهل حق الدائن المرتهن. وهو لا يستند فى ذلك أن الدائن لم يكتسب حقا عينيا، إنما يعتصم بقاعدة أن الحيازة فى المنقول سند الحائز، وأنها إذا قامت على حسن النية والسبب الصحيح فهى مكسبة للملكية خالية من التكاليف والقيود العينية (م ٩٧٦/٢).

وقد جاء فى المذكرة الايضاحية للمشروع التمهيدى فى هذا الصدد ما يأتى «الالتزام بنقل حق عينى يترتب عليه انتقال هذا الحق بحكم القانون، متى كان محل الالتزام شيئاً معيناً بالذات. ومؤدى هذا أن الالتزام بنقل حق عينى ينفذ بمجرد نشوئه، وأن القانون نفسه هو الذى يتكفل له بترتيب هذا الأثر. ويجرى هذا الحكم فيما يتعلق بالمنقولات، دون أن يرد على اطلاقه أى تحفظ أو قيد. فاذا صدر التصرف فى منقول معين بالذات من مالكه، انتقل حق المالك فيه إلى المتصرف فور الوقت. بل ولا تحول دون ذلك قاعدة (انزال الحيازة فى المنقول منزلة السند المثبت للملكية) بالنسبة لأول خلف يدلى إلى المالك بحقه. وقد يقع أن يدخل المنقول فى يد خلف ثان حسن النية، تنتقل اليه الحيازة على أثر تصرف ثان يصدر من المالك نفسه بعد أن زالت عنه الملكية بمقتضى التصرف الأول. وقد تخلص الملكية لهذا الخلف الثانى. ولكن الملكية لا تؤول اليه بمقتضى التزام بنقل حق عينى، بل بطريق آخر من طرق كسب الحقوق العينية هو طريق الحيازة. ومن الجائز أن يقال أن ملكية المنقول قد انتقلت أولا إلى الخلف الأول بمقتضى التزام المالك بنقل حق عينى ثم آلت منه إلى الخلف الثانى من طريق الحيازة (مجموعة الاعمال التحضيرية حـ ٢ ص ٥١٤ ومابعدها). يستفاد من مذكرة المشروع التمهيدى أن الحق العينى يكتسب على المنقول فور نشأة الالتزام بتقريره أى بمجرد التعاقد. وإذا كان المدين قد قد تصرف فيه فى تاريخ لاحق، فإن المتصرف اليه إذا تسلم المنقول يجوز له أن ينكر الحقوق العينية المكتسبة فى تاريخ سابق على التصرف (كحق مشتر آخر أو حق الدائن المرتهن)، ولكنه يستند فى ذلك إلى أن الحيازة فى المنقول إذا اقترنت بحسن النية والسبب الصحيح، فهى سند لاكتساب الملكية خالية من التكاليف والقيود العينية.

حقا عينيا . ذلك أننا ننكر إمكان تقرير حق عيني يرد على مال معنوى ، بل يقتصر نطاق هذه الحقوق فقط على الأشياء المادية المعينة بالذات دون غيرها. ولنا إلى هذا الحكم عودة أخرى فى دراسة آثار رهن الديون .

١٧٤ - وجوب انتقال الحيازة لسريان الرهن فى مواجهة الغير، مع توافر شروط خاصة تختلف حسب طبيعة المال المرهون :

لا يكفى أن يتم التعاقد بين الراهن والدائن المرتهن حتى تنطلق كافة الآثار المترتبة على الحق العينى . بل يلزم توافر عنصر العلانية الذى يكفل للغير العلم بوجود حق الدائن المرتهن .

والغير الذى نعنيه تتحدد دلالته على النحو الآتى . فاذا كان المرهون عقارا يمكن القول إن الغير هو كل من يلحقه ضرر من مباشرة الأفضلية أو التتبع (١) تطبيقاً لهذا المعيار يصدق الوصف المتقدم على كل دائن مزود بتأمين عينى خاص على العقار المرهون . ومثال ذلك الدائن المرتهن رهنا رسميا ، أو صاحب حق امتياز عليه ، أو من تقرر له حق اختصاص .

كذلك يعتبر من الغير الدائن العادى ، باعتبار أن الرهن يتضمن اخلالا بقاعدة المساواة بين الدائنين . اخيرا يعتبر من الغير أيضا من يصدق عليه وصف حائز العقار المرهون على أساس التعريف الذى قدمناه فى دراسة الرهن الرسمى (٢) .

على ضوء ما تقدم يمكن القول أيضا إن الغير فى رهن المنقول ، هو كل من يعتبر خلفا خاصا للمالك ، أى كل من اكتسب حقا عينيا على هذا المنقول . ومثال ذلك من اشترى المنقول ، أو اكتسب عليه حق الرهن . بل ويعتبر من

---

(١) راجع ماتقدم فى الرهن الرسمى فقرة ٦٣ .

(٢) أنظر تعريف حائز العقار المرهون فقرة ١٠٩ .

الغير أيضا الدائن العادى للراهن باعتبار آن حق الدائن المرتهن يكفل له التقدم على سائر الدائنين فى استيفاء دينه من ثمن بيع المنقول .

اخيرا إذا كان المال المرهون دينا مستحقا للراهن فى ذمة شخص آخر فهنا يحتاج الأمر إلى بعض تفصيل . المفروض أن حق الراهن يمثل عنصرا فىالضمان العام للدائنين . ويستطيع كل دائن عن طريق حجز ما للمدين لدى الغير أن يحجز على الدين تحت يد الغير ، ولا يترتب على هذا الحجز اخلال بقاعدة المساواة بينالدائنين . أما إذا كان الدين المحجوز عليه تحت يد الغير مرهونا ، فهنا يتقدم الدائن المرتهن على غيره فى استيفاء حقه . هذا الاخلال بقاعدة المساواة لا يسرى على الدائنين إلا إذا توافر عنصر العلانية فى الرهن . ومن ثم يمكن القول بشأن رهن الديون أن كل دائن للراهن يعتبر من الغير .

ويعتبر من الغير ايضا فى رهن الدين ، الدائن المحال له . إذ يجوز أن يحول الراهن حقه إلى شخص آخر . وهنا يقع النزاع بين المتصرف اليه ، والدائن المرتهن . ولذا عنى المشرع بتقرير نظام لعلانية حوالة الحق ، ورهن الديون على نحو يكفل حسم التزاحم .

يتضح اذن ، مما سبق وجوب وضع تنظيم قانونى يكفل علانية الرهن . وقد تكفل التقنين المدنى الجديد كما سبق البيان ، ببيان الأحكام التى يجب توافرها لتحقق هذه العلانية . وهو فىهذا الصدد استلزم حكما عاما يصدق على كل رهن أيا ما كان محله ، واضاف اليه احكاما خاصة تختلف بحسب طبيعة المال المرهون . وسنعنى فيما يلى بدراسة الحكم العام ويتمثل فى انتقال حيازة المال المرهون ، ثم نبين الأحكام الخاصة لسريان الرهن الحيازى فى مواجهة الغير .

المطلب الاول

الحيازة

(حكم عام لسريان الرهن فى مواجهة الغير)

١٧٥ـ الحيازة حكم عام لسريان الرهن فى مواجهة الغير ـ النص القانونى : ـ

نصت المادة ١١٠٩ فى فقرتها الأولى على ما يأتى « يجب لنفاذ الرهن فى حق الغير أن يكون الشيء المرهون فى يد الدائن أو الأجنبى الذى ارتضاه المتعاقدان

يستفاد من النص المتقدم أن انتقال حيازة المال المرهون إلى الدائن المرتهن أو الأجنبى الذى يتفق عليه المتعاقدان ، شرط يجب توافره حتى يحتج بالرهن فى مواجهة الغير . وهذا الحكم العام يصدق على كل رهن حيازى أيا ما كان محل الرهن ، أى سواء كان عقارا أم منقولا ماديا أو معنويا . على أن طبيعة المال تنعكس بطبيعة الحال على مظهر الحيازة فتعطيها طابعا خاصا على النحو الذى سنبينه فى دراسة انتقال الحيازة .

هذا الحكم العام الذى ارتضاه المشرع المصرى لعلانية الرهن الحيازى ، يعتبر من أسس هذا التأمين منذ زمن بعيد فى تاريخ النظم القانونية .

ولكى يراعى أن أهميته ، بل وحرص كثير من التشريعات على توافره ، يظهر بصفة خاصة فى رهن المنقول . ويرجع ذلك إلى أسباب متعددة تدور حول طبيعة الأشياء المنقولة . ذلك أن تركها تحت سيطرة المدين ، ييسر له أن يخفيها أو يبعدها عن متناول يد الدائن . ويزيد وطأة هذا الخطر اعتصام الغير حسن النية بقاعدة الحيازة فى المنقول سند الحائز . وليس من سبيل إلى تأمين حقه سوى تمكينه من حيازة المنقول على نحو يدفع عنه الخطر المتقدم .

بل وإن ترك حيازة المنقول للمدين ، يؤدى إلى خديعة كل شخص يتعامل

معه . فقد يخطىء فى تقدير يسار المدين ، على أساس وجود بعض منقولات لديه ، وهو لا يعلم أن للغير حقوقا عليها . على هذا النحو تبدو الحيازة كأداة قانونية ملائمة للاعلان عن حق الدائن المرتهن . وبذلك يضمن السيطرة على المال المرهون ، ويتيسر للغير العلم بوجود حقه (١) .

أما بالنسبة للعقارات ، فلعل اشتراط نقل الحيازة يبدو ضئيل الأهمية بعدأن عرفت التشريعات الحديثة نظما محكمة لشهر التصرفات القانونية العقارية.ولاتظهر فائدة نقل الحيازة إلا بالنسبة للدائن المرتهن نفسه ، الذى يستطيع استغلال العقار واستيفاء الدين وملحقاته من ثمرة الاستغلال .

وكأن رهن العقار إذن فى حكم هذا التأمين يلزم لعلانيته شرطان ، القيد والحيازة . ويبدو لنا أن المشرع كان فى وسعه الاكتفاء بنظام الشهر الذى تخضع له كافة الحقوق العينية التى ترد على العقارات .

نخلص إذن مما تقدم أن الحيازة تتمثل أهميتها بصفة خاصة فى المنقولات . وبل وتظهر خطورتها إذا ما اصطدم الدائن المرتهن بحائز للمنقول توافر لديه السبب الصحيح وحسن النية . وفى هذا المعنى قضت م١١١٨ فى فقرتها الثانية « أنه يجوز لكل حائز حسن النية أن يتمسك بالحق الذى كسبه على الشيء المرهون ولو كان ذلك لاحقاً لتاريخ الرهن » .

١٧٦ - انتقال الحيازة - يجوز أن يكون الحائز أجنبياً يتفق عليه المتعاقدان :-

لا يشترط انتقال حيازة المال المرهون للدائن المرتهن ، بل يصح الاتفاق

---

(١) راجع فى هذا الصدد كاربياك « حماية الدائن فى التأمينات الاتفاقية الواردة على منقولات دون نقل الحيازة » رسالة من مونبلييه ١٩٥٤ ص ٩ وما بعدها . وتشير هذه الرسالة فى عرض مستفيض الى التطور الحديث الذىأفضى الى تقرير الرهن على المنقولات من غيرانتقال الحيازة وذلك لاعتبارات تتصل بالائتمان العام وظهور انواع جديدة من الأموال المنقولة واتساع النشاط الاقتصادى .

الذى يقضى بنقل هذه الحيازة إلى شخص أجنبي عن التعاقد يتفق عليه الراهن والدائن ، وهو ماتشير إليه صراحة المادة ١٠٩٦ ، ١٠٩٩ من التقنين المدنى .

وحيازة الأجنبي الذى يسمى (العدل) تيسرتقرير رهون متعددة على المال الواحد . وعندئذ يعتبر العدل بمثابة نائب قانونى عن الدائنين المرتهنين فىحيازة المال المرهون . ويكون فى هذا الوضع المتقدم فى مركز حائز عرضى .وتثبت الحيازة القانونية بالنسبة لحق الرهن للدائن المرتهن .

وإذا تعددت الرهون ، فليس ثمت ما يمنع من أن يحوز المال دائن واحد ، يعتبر أصيلا عن نفسه ونائبا عن الدائنين الآخرين .

١٧٧ - تكييف مركز الدائن المرتهن رهن حيازة - اقتران الحيازة القانونية بالحيازة العرضية :

يظهر اذن مما سبق أن الحيازة القانونية تثبت للدائن المرتهن بالنسبة إلى حق الرهن ، حتى ولو سلم المال المرهون إلى شخص أجنبي اتفق عليه المتعاقدان

ويمكن القول إن الدائن المرتهن الذي تنتقل إليه حيازة العقار أو المنقول المادى يكتسب عليه حقاً عينياً تبعيا . هذا الحق يصيب المال المرهون فى كيانه الاقتصادى فيخول للدائن أن يتسلط عليه ويستأثر به لمباشرة السلطات التى يخولها له القانون . فهو يستغل المال ، إن كان قابلا للاستثمار ، ويستهلك الدين وملحقاته من ثمرات هذا الاستغلال . فإن لم يتيسر ذلك ، أو لم تكن الغلة كافية ، جاز له أن يستوفى دينه من المقابل النقدى للمال المرهون بالأفضلية التى تكفلها له علانية الرهن . بل وله أيضاً أن يتتبع المال المرهون تحت يد الغير فى الحدود التى لا يصطدم فيها التتبع بقاعدة الحيازة فى المنقول سند الحائز .

على هذا النحو يظهر لنا أن الدائن المرتهن حائز قانونى بالنسبة لحق الرهن وما يتضمن من سلطات .

آما بالنسبة لحق الملكية فهو مجرد حائز عرضي ، لأن حقه لا يجعله فى مركز المالك. وحيازته للمال المرهون لا تضعه فى مركز الشخص الذى يتأهل لكسب ملكيته . وذلك أن السلطات التى يباشرها ، والتى تجعل حيازته قانونية ، انما تنبعث من حق الرهن فقط . وهو بهذه المثابة يستغل المال أو يستعمله . ويستوفى الدين وملحقاته بصفة تدريجية من حصيلة الاستغلال أو القيمة النقدية للاستعمال(١) فإن لم يتم الوفاء الكامل بالدين ، يجوز له أن يباشر سلطة الافضلية على ثمن بيع المرهون حسب المرتبة التى يكفلها له حق الرهن . وهو كما تقدم البيان يحق له ان يباشر هذه الافضلية تحت يد الغير وذلك بتتبع المال فى الحدود التى تجيزها قاعدة الحيازة فى المنقول سند الحائز .

ولما كان الدائن المرتهن يعتبر حائزا عرضيا بالنسبة لحق الملكية ، فهو بهذا الوصف يلتزم بالمحافظة على المال المرهون وصيانته من الهلاك والتلف . وهو يلتزم ايضا برده للراهن حينما تصبح الحيازة غير ذات موضوع . ويتحقق ذلك بانقضاء حق الرهن بصفة أصلية أو تبعية .

ونستطيع فى هذا الصدد المقاربة بين مركز المنتفع والدائن المرتهن . فالمنتفع تتوافر له الحيازة القانونية بالنسبة لاستعمال الشيء واستغلاله . ولكنه حائز عرضي بالنسبة لحق الملكية . ومن أجل هذا لا يتملك العقار بالتقادم مهما طالت مدة حيازته بوصفه منتفعا .

كذلك يكون الحال بالنسبة للدائن المرتهن . فهو حائز قانونى فيما يتصل بحق الرهن . وبهذه الصفة الأصيلة يباشر السلطات التى يكفلها له القانون ، وهى استيفاء

---

(١) انظر دراستنا التالية فى استثمار الدائن المرتهن للمال المرهون فقرة ١٩٠ .

الدين من القيمة النقدية للاستغلال أو الاستعمال ، أو من المقابل النقدى لبيعه بالطريقة التى يرسمها القانون (١) .

ولكن حيازة المرتهن تكون عرضية بالنسبة للملكية . وعلى هذا النحو لا يجوز له اكتساب ملكية العقار بالتقادم . ويمتنع عليه الاعتصام بقاعدة الحيازة فى المنقول سند الحائز ، للاحتجاج بتملك المنقول (٢) . ولكن يحق له الاحتماء بهذه القاعدة للتمسك بحق الرهن الذى اكتسبه من غير مالك على النحو الذى تقدم بيانه فى رهن ملك الغير (٣) .

ويترتب على هذا التصوير المتقدم لمركز الدائن المرتهن أنه يعتبر اصيلا عن نفسه لا نائبا عن الراهن فى استغلال المرهون واستثماره ، وسنعنى بتفصيل هذا الحكم فى دراسة التزام الدائن المرتهن بالاستغلال والاستثمار .

١٧٨ — الشروط الواجب توافرها فى الحيازة :

الحيازة بالمعنى المتقدم تقوم بدور أساسى فى علانية الرهن ونفاذه فى مواجهة الغير . وهى بهذا الوصف يجب أن تتوافر فيها الشروط والمقومات التى تكفل لها أداء الغاية التى ترمى إليها .

---

(١) يستجيب هذا التصوير إلى المعيار الذى تخيرناه للحقوق العينية التبعية — راجع ماتقدم فقرة ٢٦ إذ أننا نرى أن حق الدائن المرتهن يرد على الكيان الاقتصادى للمرهون ، فيقيد سلطات المالك فى حدود هذه القيمة الاقتصادية . وهو بهذه المثابة يستطيع اقصاء أى مزاحم يحرمه من استيفاء دينه الذى ارتبط بكل ترجمة نقدية للمال المرهون . بل ويتميز حق الدائن المرتهن رهن حيازة فضلا عن السلطات المتقدمة ، بأن المشرع كفل الوفاء التدريجى بالدين ، عن طريق السيطرة الفعلية على المرهون بالحيازة ، ومباشرة سلطة الاستغلال والاستعمال ، واستقطاع الدين وملحقاته من حصيلة الاستغلال أو القيمة النقدية للاستعمال — انظر ما سيلى فقرة ١٩٠ .

(٢) انظر كانكارليه الرسالة السابق الاشارة اليها .

(٣) راجع ماتقدم فى رهن ملك الغير فقرة ١٦٦ .

من أجل هذا يجب أن تكون الحيازة ظاهرة لاغموض فيها ، ومستمرة لا يتخللها انقطاع .

١ — **ظهور الحيازة** : يرتبط هذا الشرط ارتباطا وثيقاً بالدور الذى تؤديه الحيازة فى الرهن ، كأداة قانونية للاعلان عن حق الدائن المرتهن .

ويتحقق هذا الشرط فى أوضح مظاهره ، بانتقال الحيازة الفعلية إلى الدائن المرتهن أو العدل الذى اتفق عليه المتعاقدان . ويتخلف فورا إذا بقى المال تحت يد الراهن ، حتى ولو كان ذلك على سبيل العارية أو الإيجار . وذلك أن احتفاظ الحائز بالمال المرهون يفضى إلى خديعة الغير ، وقد أراد المشرع بصفة خاصة أن يكفل حمايتهم باشتراط نقل الحيازة(١) .

ولكن المشرع استثنى من الحكم المتقدم حالة ما إذا كان المرهون عقاراً ، واستأجره الراهن من الدائن . فهنا يكفى لحماية الغير أن يذكر الايجار فى قائمة قيد الرهن ، أو التأشير به على هامش القيد إذا تم الإيجار فى تاريخ لاحق (م ١١١٥) . وحكمة الاستثناء ظاهرة ، لأن القيد يتضمن علانية كافية تكفل للغير أن يعلم بوجود الرهن ، وبأن حيازة الراهن للعقار مؤسسة على عقد الإيجار (٢) . ولعله يبدو من هذا الحكم ماسبق أن قدمناه ، أن اشتراط نقل

---

(١) اثير التساؤل فى الفقه والقضاء الفرنسى عن مدى توافر شرط ظهور الحيازة فى الحالة التى يكون المال تحت يد الدائن على سبيل الايجار أو العارية ، ثم يكتسب عليه حق الرهن . وقد إتجه القول إلى أن مثل هذه الحيازة لا تكفل للغير العلم بوجود الرهن ، اذ لا يكفى تغيير صفة الدائن فى الحيازة لتمكينهم من العلم به . راجع انسكلوبيدى دالوز ج ٢ ص ٨٥٥ بند ٧٦ .

(٢) انظر نقض مدنى فى ١٤ ديسمبر سنة ١٩٤٤ مجموعة القواعد القانونية التى قررتها محكمة النقض ج ٢ ص ٣٩٢ وقد جاء فيه أنه « إذا كان القانون رقم ٤٩ لسنة ١٩٢٣ (قانون التسجيل القديم) المعدل للمادة ٥٤٠ (مدنى قديم) قد رخص للدائن فى ايجار العقار المرهون إلى المدين بشرط النص على ذلك فى عقد الرهن أو التأشير به فى هامش تسجيله ، فإنه لم يقصد بهذا الترخيص الذى جاء به الغاء حكم المادة ٥٤١ من القانون المدنى . وإنما قصد تسهيل المعاملات بين الناس ، ملاحظاأن اشهار الايجار بطريق التسجيل فيه مايغنى عن حيازة الدائن العقار المرهون .

الحيازة كشرط لسريان حق الدائن المرتهن فى مواجهة الغير . لم يكن جوهرياً بالنسبة لرهن العقار .

على أنه يلاحظ بشأن توافر الحيازة على نحو يكفل ظهورها وعدم غموضها ، أنه لا يلزم حتماً انتقال الحيازة الفعلية للمال . بل قد يكفى فقط فى بعض الأحوال أن يحوز الدائن السند القانونى الذى يكفل له تسلم المال المرهون أو خضوعه لسيطرته . من ذلك مثلا ما جاء فى المادة ٧٧ من التقنين التجارى نصت على أنه يعتبر الدائن حائزاً للبضائع متى كانت تحت تصرفه فى مخازنه أو سفنه أو فى الجمرك او مودعة فى مخزن عمومى ، أو متى سلمت له قبل وصولها تذكرة شحنها أو نقلها » (١)

بل وقد تقتضى طبيعة بعض الأموال المرهونة أن يكتفى بتقديم السندات المعبرة عن قيمتها المالية من ذلك مثلا أنه فى رهن الديون ، تتم الحيازة بتسليم السند المثبت للدين ، إذ لا تتصور الحيازة المادية لهذا المنقول المعنوى (٢) .

يستفاد مما تقدم أن الحيازة يجب أن تكون ظاهرة لا يكتنفها الغموض . هذا الشرط وثيق الصلة بالهدف الذى يرمى إليه المشرع من انتقال حيازة المال المرهون إلى الدائن المرتهن أو العدل الذى يختاره المتعاقدان ، وهو تمكين الغير

---

(١) وضع القانون رقم ٢٨ لسنة ١٩٤٠ بعض استثناءات من أحكام القانون المدنى الخاصة بالرهن . فهو يعتبر الرهن الذى يعقد لصالح بنك التسليف صحيحا حتى ولو بقيت المحصولات فى مخازن المدين ، بشرط أن تختم أبوابها بالشمع وأن تعلق عليها بطريقة ظاهرة ألواح تحمل اسم البنك .

وقد تقرر هذا الحكم فى ظل التقنين المدنى القديم الذى كان يعتبر تسليم المال المرهون للدائن شرطا من شروط انعقاد الرهن . وهو يظل سارى المفعول فى القانون الجديد ، وبذلك يمكن اعتباره استثناء من وجوب انتقال الحيازة الفعلية للمال المرهون إلى الدائن حتى ينفذ الرهن فى حق الغير . وواضح أن الأحكام التى اشترط القانون المذكور تحقيقها توفر للغير العلم الكافى بتقرير حق الرهن لصالح البنك على المحصولات الموجودة فى مخازن المدين .

(٢) انظر بودان وفواران جـ ١٣ فقرة ١٧٠ .

من العلم بتقرير الرهن على ضوء هذا الهدف يترك للقاضى أمر تقدير توافر الشرط المتقدم (١) .

٢ - **استمرار الحيازة** : والمقصود باستمرار الحيازة هو عدم عودة المال المرهون إلى يد الراهن ، على نحو يضلل الغير فيجعله على غير بينه من وجود الرهن .

وقد حرص المشرع أن يكفل لهذا الشرط تطبيقاً فعالاً فقضى فى المادة ١١٠٠ بأنه « إذا رجع المرهون إلى حيازة الراهن انقضى الرهن ، إلا أثبت الدائن المرتهن أن الرجوع كان بسبب لا يقصد به انقضاء الرهن ، كل هذا دون إخلال بحقوق الغير » .

تضع هذه المادة قرينة على انقضاء الرهن ، تستخلص من رجوع المال المرهون إلى حيازة الراهن . هذه القرينة تقبل إثبات العكس ، إذ يستطيع الدائن إقامة الدليل على أن إرجاع المال إلى الراهن لم يقصد به انقضاء حقه .

فإذا توصل الدائن إلى هدم القرينة المتقدمة ، استمر الرهن قائماً . ويتيسر له ذلك إذا ترك حيازة المال فترة قصيرة ، ولأسباب جدية ، كما لو كان ذلك بقصد تمكين الراهن من القيام بإصلاح أو تغيير ضرورى فى المال المرهون.

على أن هذا الإرجاع المؤقت الطارىء قد يضر بحق الدائن المرتهن إذا اكتسب الغير حقاً خلال وجود المال فى حيازة الراهن . من ذلك مثلاً أن يكون المرهون منقولاً ، فيتصرف فيه الراهن ببيعه ، وتنتقل حيازته للمشترى . هنا يصطدم حق الدائن المرتهن بحيازة المشترى حسن النية ، فلا يجوز الإحتجاج فى مواجهته بالرهن .

---

(١) كارنكارليه المرجع السابق ص ٣٩٨ . والأصل فى حماية الغير أن يقترن حق الرهن بتقرير سيطرة ملموسة للدائن المرتهن على المال المرهون . والقول بغير ذلك يفضى إلى خديعة الغير .

بل وقد يتعرض حق الدائن المرتهن للمخاطر أيضاً إذا ترك حيازة العقار للراهن ، ولم يكن ذلك بموجب عقد إيجار مذكور فى قائمة القيد ، أو مؤشر به عليها . ويتحقق الخطر إذا قام مالك العقار برهنه إلى دائن آخر ، وبادر هذا الدائن بقيد حقه (إذا كان الرهن رسمياً) ، أو بقيده وتسلم العقار (إذا كان الرهن حيازياً) . ففى هذه الحالة يتقدم الدائن المرتهن الأخير ، على الدائن الأول الذى ترك حيازة العقار . وذلك أن المشرع قد اشترط بنص صريح (م١١١٤) لسريان الرهن الحيازى فى مواجهة الغير ، أن يتوافر فى علانية إجراء القيد وانتقال الحيازة معاً . بل جعل من رد المال المرهون قرينة على انقضاء الرهن. وإذا استطاع الدائن هدم هذه القرينة ، فلا ينبغى أن يمس حقوق الغير المكتسبة

أخيراً لو شرع دائن عادى فى التنفيذ على المال المرهون خلال الفترة التى استرد فيها الراهن حيازته ، جاز له أن يتجاهل حق الدائن المرتهن ، وليس لهذا الأخير سوى أن يشترك فى توزيع الثمن على قدم المساواة بين كافة الدائنين العاديين .

لهذه الاعتبارات المتقدمة ينبغى على الدائن اليقظ أن يتوخى الحيطة والحذر فى الاحتفاظ بحيازة المال المرهون ، وعدم تركها للراهن حتى لا يتعرض حقه للضياع .

سلب الحيازة : تصدق الأحكام المتقدمة على الحالة التى يعود فيها المال المرهون إلى حيازة الراهن برضاء الدائن أو قبوله .

أما إذا تم ذلك بغير علمه أو دون رضاه ، فهنا ينطبق حكم المادة ١١١٠/٢ التى تنص على ما يأتى « إذا خرج الشيء من يد الدائن دون إرادته أو دون علمه ، كان له الحق فى استرداد حيازته من الغير وفقاً لأحكام الحيازة » .

فإذا كان المال المرهون عقاراً خضع للقواعد العامة فى استرداد حيازة العقار ، وجاز للدائن المرتهن أن يستخدم الدعاوى المقررة لحماية حقه بوصفه حائزاً

قانونياً بالنسبة إلى حق الرهن (١) .

أما إذا كان المال المرهون منقولا ، جاز أيضاً للدائن المرتهن أن يطالب باسترداده ، دون أن يتوقف الرهن عن سريانه فى مواجهة الغير . ويتجه الفقه الراجح فى فرنسا إلىأن هذه الصورة تعتبر سرقة ضمان(٢). وبهذا الوصف يجوز

---

(١) قدمنا فى تكييف مركز الدائن المرتهن (راجع ماتقدم فقرة١٧١) أنه يعتبر حائزا قانونيا بالنسبة لحق الرهن. وهو بهذه المثابة لايجوز اعتباره مجرد حائز عرضى أو مادى simple detenteur ذلك أنه يكتسب حقا تبعيا عينيا على العقـــار ، ينتقص من سلطات المالك ، فيخول له استثمار العقـــار واستهلاك الدين من ثمراته ، ويرتب له أفضلية على ثمن بيعـــه بل ويجيز له تتبعه فى أى يد يكون .

وعلى هذا النحو نرى أن الدائن المرتهن رهن حيازة يحق له الاستعانة بدعوى منع التعـرض ، ويجوز له من باب أولى استخدام دعوى استرداد الحيازة . وفى هذا الشأن نخالف الاتجاه الـذى يحرم الدائن المرتهن من الالتجاء إلى دعوى منع التعرض ، تأسيسا على أنه مجرد حائز مادى . وقد بينا فى دراستنا فى المتن (فقرة ١٧١) أن حق الرهن يكسب الدائن مركز الحائز القانونى ، شأنه شأن المتقع تماما بالنسبة لحق الانتفاع . قارن احمد ابو الوفا المرافعات المدنية والتجـارية الطبعة الثالثة سنة ١٩٥٥ ص ١٢٧ ، ص ١٤٢ ، حيث يعبر عن الاتجاه السائد بقصر حق الدائن المرتهن على الاستفادة من دعوى استرداد الحيازة فقط .

على أن الفقه الحديث فى القانون المدنى قد استقر على اعتبار الدائن المرتهن حائزا قانونيا بالنسبة لحق الرهن فى مواجهة الغير ، ومجرد حائز مادى بالنسبة لحق الملكية فى مواجهة المالك . هـذا الرأى قيل به فى فرنسا بشأن الرهن الحيازى الوارد على المنقول (بلانيول وريبير وبيكيه ج ١٢ فقرة ١٠٩ — جوسران ج ٢ فقرة ٧٣٦ — ريبير وبولانجيه فقرة ٣٤٨٤ وما بعدها) . وهو يصدق فى مصر من باب أولى أيا كان محل الرهن ، باعتبار أن المشرع قد ألزم الدائن باستثمار المال المرهون ، وأكسبه بنص صريح حقا عينيا يخول له الأفضلية والتتبع . بل ونميل كما سبق لنـا البيان إلى اعتبار أن صفة الحائز القانونية تصدق على الدائن المرتهن فى مواجهة مالك المال المرهون والغير معا . ونؤسس هذا الحكم على أن حق الرهن ينتقص من سلطات المالك ، فيخول للدائن الاستئثار بالقيمة المالية للمال المرهون ، والاختصاص بثمراته ضمانا للوفـاء بالدين (راجع فى هذا المعنى كانكاريليه المرجع السابق ص ٣١٥) .

(٢) بلانيول وريبير المرجع السابق ص ١٢٥ . ومقتضى هذا الحكم أن الدائن المرتهن يكون فى مركز مالك المنقول الذى فقـده بسرقة أو ضياع . فاذا كان الحائز حسن النيـة جاز استرداد المنقول منه خلال ٣ سنوات من السرقة أو الضياع . وإذا كان قد اشتراه من سوق عام أو فى مزاد علنى أو ممن يتجر فى مثله ، التزم الدائن المرتهن بتعجيل الثمن إلى الحائز ، وذلك تطبيقـا=

للدائن المرتهن أن يطالب حائز المنقول حسن النية برده خلال ثلاث سنوات من تاريخ إفلات المنقول منه خلسة أو اغتصاباً .

١٧٩ — الاتجاه الحديث في القانون المقارن الى اقرار نظم قانونية لرهن المنقولات مع احتفاظ الراهن بحيازتها :

اتضح لنا من دراستنا المتقدمة أن تمكين الدائن المرتهن من حيازة المال المرهون هي الأداة القانونية الفعالة التي ارتضاها التقنين المدنى الجديد للاعلان عن هذا الضمان الخاص الاتفاقى ، وللاحتجاج به في مواجهة الغير . بل ولعل الحيازة أيضا قصد بها إخضاع المال محل التأمين ، لسيطرة الدائن المرتهن ، على نحو يؤمنه على حقه . ويظهر ذلك بصفة خاصة بالنسبة للمنقولات . التي يسهل على المدين إخفاءها أو التصرف فيها إلى حائز حسن النية ، مما يؤدى إلى إهدار الرهن المقرر عليها .

على أن حاجة الاقتصاد الحديث ، واتساع النشاط المالى والتجارى أفضى منذ زمن بعيد إلى ضرورة اصطناع أدوات قانونية تكفل تقرير ضمانات خاصة على المنقولات ، مع احتفاظ الراهن بحيازتها .

فلم يعد الائتمان قاصراً على تمكين الفرد من إشباع رغبة خاصة في اقتراض مبلغ من النقود ، ورهن بعض ما يملك من المنقولات ضماناً للوفاء بدينه . بل اتسع نطاق الائتمان فأصبح عنصراً من عناصر الإنتاج . وكشف التطور عن حاجة الأفراد والجماعات ، إلى الحصول على رؤوس أموال ، يضمن سدادها ما يمتلكون من أموال منقولة ، بشرط ألا يتخلوا عن حيازتها ، لأن بقاءها

= للأحكام العامة في الحيازة (م ٩٧٧) .

وجدير بالذكر في هذا الصدد الإشارة إلى حكم قانون العقوبات (م ٣٢٣ مكررة) الذى يعتبر في حكم السارق الراهن الذى يختلس منقولات رهنها ضمانا للوفاء بدين عليه أو على غيره .

تحت سيطرتهم أمر لازم لمباشرة ما يقومون به من نشاط زراعى أو صناعى أو تجارى .

وقد عجل بأسباب هذا التطور ، ظهور أنواع جديدة من الأموال لم تكن معروفة من قبل ، ولا يستطيع المدين إذا أقبل على رهنها أن يتخلى عن حيازتها ، ومن ذلك مثلا كافة الآلات الحديثة اللازمة لسير العمل فى المشروعات الهامة.
وإذا اقتصرنا على نطاق المنقولات التقليدية من أموال الاستهلاك ، كالبضائع أو المحاصيل الزراعية ، لوجدنا أن تقرير ضمانات خاصة عليها ، مع وجوب انتقال حيازتها للدائن المرتهن ، لم يعد ملائماً لتزايد أهمية هذه الأموال . بل وقد يحجم الدائن عن تحمل هذه المسئولية ، نظراً لما تتضمن من جهد ونفقه باهظة

لهذه الاعتبارات المتقدمة اتجه جهد المشرع فى القوانين الأجنبية المعاصرة ، إلى اصطناع أدوات قانونية تكفل تقرير ضمان خاص اتفاقى على المنقول ، دون أن يتخلى الراهن عن حيازته وهو ما يعبر عنه باصطلاح gage sans depossession (١)

وقد قطعت فرنسا فى هذا السبيل شوطاً بعيداً . فعرفت نظما قانونية للضمان الخاص الاتفاقى ، يرد على المنقولات دون أن يتجرد الراهن من حيازتها . هكذا أقرت رهن السفن البحرية ، وسفن الملاحة النهرية ، والطائرات . وعلى

---

(١) راجع ما تقدم ص ١٥٠ هامش ١ — انظر أيضا مقال هاميل فى هـذا النوع من الرهن دالوز ١٩٤٥ ص ٣٧ — روبلو « التأمينات المنقولة من غير انتقال الحيازة » بحث فى منشور فى دراسات مهداة لجورج ريبير ١٩٥٠ ج ٢ وما بعدها — وبصفة خاصة كاربياك « حماية الدائن فى التأمينات الاتفاقية المنقولة دون الحيازة » رسالة من مونبلييه ١٩٥٤ .

وقد بينا فى دراسة متقدمة أن ثمة منقولات استجابت طبيعتها لنظام ضمان خاص قريب الشبه بالرهن الرسمى ، وذلك لخضوعها لتنظيم إدارى من حيث شهر التصرفات القانونية الواردة عليها (مثل السفن) ، أو لأنها تمثل مجموعة يتعذر إفلاتها من سيطرة الدائن ويحرص المدين على الاحتفاظ بحيازتها (مثل المحال التجارية) — (راجع ص ١٥٠ هامش ١ حيث نشير إلى إقرار المشرع المصرى بقوانين خاصة لرهن السفن والمحال التجارية) .

غرارها صدرت قوانين أخرى لتنظيم رهن العربات الميكانيكية ، والأفلام السينمائية . وكذلك أيضاً رهن الآلات وأدوات التجهيز .

وتطبيقاً للاتجاه المتقدم اصطنعت أدوات قانونية تكفل التعبير عن القيم المنقولة فى وثيقة مكتوبة ، ميسورة التداول يمكن الحصول بها على ائتمان . هكذا عرف ما يسمى بسندات التخزين Warrants . وعمم تطبيقها على الانتاج الزراعى والصناعى ، وبالنسبة لأموال استغلال الفنادق ، والبترول وغيرها .

وليس فى وسعنا أن نعالج هذه الصور من التأمينات ، فطابع دراستنا العام لا يتسع لها . كما أن مصر لا زالت خاضعة لتنظيم التقنين المدنى القائم بصفة أساسية على تجريد المدين من حيازة المال المرهون .

على أننا نقنع بالإشارة إلى أن جهد المشرع فى صياغة أحكام هذا النوع الجديد من الرهن ، ينصرف إلى تقرير أدوات قانونية تكفل حماية الدائن المرتهن وتؤمن مصلحة الغير بالإعلان عن تقرير الضمان الخاص رغم احتفاظ المدين بحيازة المنقول . بل ويجب أن يراعى أيضاً تمكين المدين من حرية كافية تيسر له الاستفادة من الأشياء المرهونة ، وإلا كان بقاء الحيازة له عديم الجدوى

وتتعدد الوسائل القانونية لإدراك هذه الأهداف المتقدمة ، فتارة تكون الأداة من شأنها تزويد الدائن بحق تتبع المنقولات ، وأخرى تتقرر مسئولية شخص مكلف بالمحافظة على الأشياء المرهونة لحساب الدائن ، بل وقد يخضع المدين نفسه أيضاً لمسئولية جنائية أو مدنية .

المطلب الثانى

الأحكام الخاصة لسريان الرهن الحيازى فى مواجهة الغير

١٨٠ - وجوب توافر أحكام خاصة تختلف باختلاف طبيعة المال المرهون :

بينا فيما تقدم أن الحكم العام لجواز الاحتجاج بحق الدائن المرتهن فى مواجهة

الغير . هو أن تنتقل إليه حيازة المال محل التأمين ، أو إلى شخص آخر يتفق عليه المتعاقدان .

على أن المشرع لم يقنع بهذا الحكم العام ، بل استلزم إلى جانبه توافر أحكام خاصة تختلف حسب طبيعة المال المرهون . وعلى هذا النحو نعنى فيما يلي بشروط سريان الرهن فى مواجهة الغير بالنسبة للعقارات ، ثم المنقولات المادية ،واخيرا المنقولات المعنوية .

١٨١ - رهن العقار :

نصت المادة ١١١٤ على أنه « يشترط لنفاذ الرهن العقارى فى حق الغير إلى جانب انتقال الحيازة أن يقيد عقد الرهن ، وتسرى على هذا القيد الأحكام الخاصة بقيد الرهن الرسمى » .

أشرنا من قبل أن المشرع المصرى تحقيقا للانسجام فى أحكام هذا الضمان الاتفاقى ، لم يقتنع بالعلانية التى يكفلها نظام الشهر العقارى بوجوب قيد كافة الحقوق العينية التبعية التى تتقرر على العقار ، بل اشترط إلى جانب ذلك انتقال حيازة العقار المرهون إلى الدائن المرتهن أو إلى العدل الذى يتخيره المتعاقدان. ويبدو لنا أن هذا الحرص لم يكن واجبا ، فقد أصبح من المألوف لكل فرد حينما يعنيه أمر عقار معين مملوك لمدينه ، أن يسلك الطريق الطبيعى للكشف عن حالته القانونيه ،وهو الاطلاع فى دفاتر الشهر فى المكتب المختص فى مصلحة الشهر العقارى .

وليس أدل على ذلك من أن المشرع نفسه أباح ، على سبيل الاستثناء ، أن يحتفظ الراهن بحيازة العقار بموجب عقد إيجار . واشترط فى هذه الحالة طبقاً لنص المادة ١١١٥ أن يذكر الايجار فى قائمة القيد ذاتها . أما إذا اتفق عليه بعد الرهن ، فيجب أن يؤشر به فى هامش القيد . ولا يكون التأشير واجبا إذا جدد الايجار تجديدا ضمنيا . وقد تضمنت المادة ٣٠/٦ شهر عقارى حكما

مماثلا لما جاء فى التقنين المدنى .

يستفاد من الحكم المتقدم أن تجريد الراهن من حيازة العقار لا يعتبر مظهرا أساسيا للاعلان عن حق الدائن المرتهن ، مادام السند القانونى لتبرير احتفاظه بحيازة العقار مذكورا فى قائمة القيد . و كأن هذه القائمة هى المرجع الأساسى للحصول على معلومات تتصل بالعقار و ما تقرر عليه من حقوق عينية تبعية .

و أيا ما كان الأمر ، فالوضع الحالى لتشريعنا ، يقتضى القول بأن مجرد قيد الرهن الحيازى لا يكفى وحده لنفاذ الرهن فى مواجهة الغير ، بل يلزم إلى جانب ذلك انتقال حيازة العقار إلى الدائن المرتهن أو الأجنبي المختار. ولا تحتسب مرتبة الرهن إلا من تاريخ توافر عنصرى العلانية معا . فاذا توافر أحدهما ، و تخلف الآخر ، جاز لكل ذى مصلحة أن ينكر على الدائن المرتهن حقه .

أخيرا تنبغى الإشارة إلى أن المشرع قد أحال بشأن اجراء القيد إلى كافة الأحكام التى يخضع لها الرهن الرسمى ، وقد أتيح لنا التفصيل فى دراستها من قبل (١) . و يلاحظ بطبيعة الحال أن الرهن الحيازى لا تسرى عليه الشروط الواجبة فيما يتعلق بالرسمية. فيكفى أن يقدم إلى مكتب الشهر عقد الرهن الحيازى عرفيا ، و مصدقا فيه على الامضاءات . ولا يلزم لمحو الرهن برضاء الدائن أن يعبر عن ارادته فى تقرير رسمى ، بل يكتفى أيضا بورقة عرفية مصدق فيها على التوقيع (م ٤٥ شهر عقارى) .

١٨٢ - رهن المنقولات المادية :

تنص المادة ١١١٧ على ما يأتى « يشترط لنفاذ رهن المنقول فى حق الغير إلى جانب انتقال الحيازة أن يدون العقد فى ورقة ثابتة التاريخ يبين فيها المبلغ المضمون بالرهن ، والعين المرهونة بيانا كافيا . و هذا التاريخ الثابت يحدد مرتبة الدائن المرتهن » .

(١) راجع ماتقدم فقرة ٥٧ وما بعدها .

يظهر من نص هذه المادة أن المشرع خشى من تواطؤ المدين مع أحد دائنيه بايثاره برهن مزعوم ، حينما يتأهب الدائنون للحجز على المنقول ، فينقـــل حيازته للدائن ، الذى يحتج بحق الرهن استنادا إلى هذه الحيازة .

ويلزم لتوافر هذا الحكم الخاص ، أن يدون الرهن فى ورقة مكتوبة ، تحمل تاريخا ثابتا ، يدرأ الغش ويتخذ أساسا لحسم التزاحم بين عدة دائنين مرتهنين . هذا التاريخ اليقينى المحقق يخضع لنص المادة ٣٩٥ من التقنين المدنى التى تنظم سريان الأوراق العرفية على الغير (١) .

ويلاحظ هنا أن الكتابة ذات التاريخ الثابت قصد بها نفاذ الرهن فى مواجهة الغير ، ومن ثم فهى لازمة حتى ولو لم تتجاوز قيمة المال المرهون مبلغ عشرة جنيهات .

آخيرا يجب أن تذكر فى الوثيقة بيانات معينة تعتبر تطبيقا لمبدأ تخصيص الرهن ،الذى عنى المشرع بتطبيقه أيضا فى قوائم قيد الضمانات العقارية الخاصة.

آهم هذه البيانات هو مقدار الدين أو فى القليل حده الأقصى إن كان احتماليا

---

(١) نشير فى هذا الصدد إلى نص المادة ١١٢٢ التى تقضى بأن الاحكام العامة المتعلقة بالمنقول تسرى فقط بالقدر الذى لاتتعارض مع أحكام القانون التجارى والأحكام الخاصة ببيوت التسليف المرخص لها فى الرهن وأحكام القوانين واللوائح المتعلقة بأحوال خاصة فى رهن المنقول. تطبيقاً لهذا النص خضع رهن المنقولات المادية رهنا تجاريا لأحكام تقنين التجارة .وفى هذا الصدد تقضى م ٧٦ تجارى المعدلة بالقانون رقم ٦٥٥ لسنة ١٩٥٤ بأنه يثبت الرهن الذى يعقد ضمانا لدين تجارى بكافة طرق الاثبات المقبولة فى المواد التجارية بالنسبة للمتعاقدين أو للغير . كذلك خضعت الرهون المعقودة لصالح بيوت التسليف على رهونات لأحكام الأمر العالى الصادر فى ٢٣ مارس سنة ١٩٠١ ، وهى لا تستلزم ثبوت تاريخ الرهن ، بل ولا تشترط وجود الكتابة اطلاقا إذا كانت قيمة المرهون أقل من مائتين وخمسون قرشا .

واخيرا يستفاد من القانون رقم ٢٨ لسنة ١٩٤٠ الخاص برهن الحاصلات الزراعية لبنك التسليف الزراعى ، أن الرهن يكون صحيحا نافذا فى حق الغير حتى ولو لم يكن للورقة المكتوبة التى يدون فيها الرهن تاريخ ثابت .

أو مستقبلا. ويجب فى تقديرنا أيضا ذكر تاريخ استحقاق الدين ومصدره(١).

كذلك أيضا يجب تعيين المنقول المرهون تعيينا دقيقا . حتى لا يتسنى للمدين أن يتواطأ مع دائنه ، باستبدال منقول بآخر اضرارا بحقوق الدائنين الآخرين .

وتخصيص الرهن من المال المرهون ، يقتضى أن يكون نافيا للجهالة. محققاً للغاية منه وهو تمكين الغير من التعرف عليه ، والأمر فى هذا الصدد ، موضوعى يترك لتقدير القضاء .

أخيرا يلاحظ أن رهن المنقول المادى لا يصلح تأمينا نافذا فى مواجهة الكافة إلا إذا توافر فيه انتقال الحيازة ، وتدوينه فى ورقة ثابتة التاريخ ، وتحتسب مرتبة حق الدائن المرتهن من اللحظة التى يجتمع فيها توافر الشرطين معـا .

١٨٣ - رهن المنقولات المعنوية :

لا تخضع المنقولات المعنوية فى سريانها على الغير لحكم متماثل ، بل تتعدد الأحكام باختلاف طبيعة المال ، وبصفة خاصة بالنسبة للديون حسب الوثيقة التى ثبتت فيها .

١ ــ حق المؤلف فى الاستغلال المالى للمصنف : قدمنا أنه يجوز للمؤلف أن يرهن حقه فى الاستغلال المالى (٢) تطبيقاً لأحكام القانون رقم ٣٥٤ لسنة ١٩٥٤ فى حماية حق المؤلف .

---

(١) راجع فى هذا المعنى عبد الفتاح عبد الباقى ص ٥٨٣ . والواقع أن هذا البيان أساسى فى حالة تعدد الديون . إذ تظهر مصلحة الغير فى العلم بمصدر الدين حتى يتحقق من صحته أو بطلانه ، وتاريخ استحقاقه حتى يتعقب مصيره من حيث انقضائه. ويستفاد من نص م ١١١٧ أن المشرع يشترط أن يبين المبلغ المضمون بيانا كافيا .

(٢) راجع ما تقدم ص ٤٧٠ هامش ٢ .

وقد أشرنا إلى أن نص م ٣٧ من هذا القانون تجيز نقل حق الاستغلال المالى إلى الغير . ويقتضى هذا الحكم جواز رهنه ، وتمكين الدائن المرتهن من استهلاك دينه من غلة هذا الاستغلال ، أو بيع حق هذا الحق واستيفاء الدين من الثمن .

ويشترط لتمام التصرف (م ٣٧ / ٢) أن يكون مكتوباً ، وأن يحدد فيه صراحة وبالتفصيل كل حق على حدة يكون محل التصرف مع بيان مداه والغرض منه ومدة الاستغلال ومكانه .

ويمكننا من هذا الحكم المتقدم أن نستخلص ما ينبغى أن يتوافر من شروط لنفاذ رهن حق الاستغلال المالى فى مواجهة الغير . فيجب أن يدون الرهن فى وثيقة مكتوبة ، وأن تحمل تاريخاً ثابتاً لإمكان الاحتجاج بها على الغير تطبيقا للقواعد العامة فى الأوراق العرفية . هذه الوثيقة يجب أن تتضمن البيانات التالية

ا ــ بيان واضح مفصل للحق الذى تصرف فيه المؤلف (كحق ترجمة المصنف إلى لغة أجنبية أو استغلاله المالى) . ب ــ تحديد الغرض من التصرف بأن يذكر أنه على سبيل الرهن مع بيان الدين المضمون وتاريخ استحقاقه ، ومدة الاستغلال ومكانه .

وتكون حيازة الدائن المرتهن لهذا المال المعنوى بتسليمه الوثيقة متقدمة الذكر . وتحتسب مرتبة الرهن من اللحظة التى يتوافر فيها شروط هذه الورقة المكتوبة ، وتسليمها إلى الدائن .

٢ ــ رهن الديون العادية : تنص المادة ١١٢٣ على أنه « لا يكون رهن الدين نافذاً فى حق المدين إلا بإعلان هذا الرهن إليه أو بقبوله وفقاً للمادة ٣٠٥. ولا يكون نافذاً فى حق الغير إلا بحيازة المرتهن لسند الدين المرهون ، وتحتسب للرهن مرتبته من التاريخ الثابت للاعلان أو القبول » .

يستفاد من نص هذه المادة أن رهن الحقوق الشخصية يلزم لنفاذه فى حق

المدين ، أن يعلن إليه ، أو يقبله وفقاً لنص م ٣٠٥ . ويلاحظ فى هذا الصدد أن هذا الحكم ترديد للقواعد العامة فى سريان حوالة الحق على المدين . فهى تصرف قانونى يكفى لانعقاده رضاء الدائن المحيل والمحال له ، ولكن مصلحة المدين تقتضى علمه بها ، حتى تنعقد مسئوليته إذا قام بسداد الدين لدائنه الأصلى .

أما بالنسبة للغير فيجب لنفاذ الحوالة فى مواجهتهم أن يكون قبول المدين ، أو إعلانه بها إذا لم يقبلها ، ثابت التاريخ . ويشترط بالاضافة إلى ذلك أن يتسلم الدائن المرتهن سند الدين المرهون .

ولا يستكمل رهن الدين عنصر العلانية إلا إذا توافر فيه شرطان : تسلم الدائن لسند الدين المرهون ، وإعلان المدين بالرهن أو قبوله إياه مع ثبوت تاريخ أى منهما . وإذا تزاحم عدة دائنين كانت الأفضلية لمن استجمع توافر الشرطين معاً . على أنه يلاحظ أن هذه الأحكام لا تنطبق حينما يثبت تواطؤ الراهن مع أحد دائنيه على تسليمه سند الدين ، فى تاريخ لاحق على رهن هذا الدين لدائن آخر قام بإعلانه للمدين أو حصل على قبوله بتاريخ ثابت . ويتأسس هذا الحكم على أن التواطؤ يتضمن الغش .والغش يفسد كل أمر (١) .

٣ ــ السندات الإسمية والإذنية : يتم رهنها بالطريقة الخاصة التى رسمها القانون لحوالة هذه الحقوق ، على أن يذكر أن الحوالة قد تمت على سبيل الرهن ، ويتم الرهن دون حاجة إلى إعلان (م ١١٢٤) . وعلى هذا النحو يتم رهن السندات الإسمية بالتأشير بذلك فى دفاتر الشركة التى أصدرتها .

---

(١) راجع التأصيل القانونى لمبدأ أن الغش يفسد كل أمر ، تقدم فقرة ٦٨ مكرر ، فقرة ٨٤ .

وآما السندات الإذنية فيكون رهنها بمجرد تظهيرها ، مع بيان الغرض من التظهير ، وتسليمها إلى الدائن .

٤ ـ السندات لحاملها : عاملها المشرع بنص صريح (م ١١١٨) معاملة المنقولات المادية . وهى بهذه المثابة تخضع للأحكام التى تقدم بيانها فى رهن المنقولات المادية .

الفصل الثانى

آثار الرهن الحيازى

١٨٤ ـ تقسيم :ـ

يكتسب الدائن المرتهن رهن حيازه ، بمجرد انعقاد الرهن ، حقا عينيا تبعيا على المال المرهون . مع مراعاة التحفظ الذى سبق أن أشرنا اليه بشأن المنقولات المعنوية (١) .

فاذا استكمل الرهن عنصر العلانية بما يتضمن من حكم عام قوامه انتقال الحيازة ، وأحكام خاصة تختلف باختلاف طبيعة المال ، جاز للدائن أن يحتج بحقه فى مواجهة الغير . فهو يتمتع بافضلية تكفل له استيفاء دينه من المقابل النقدى للمال المرهون ، وفق المرتبة التى يخولها حق الرهن . وهو يباشر تلك الأفضلية حتى ولو انتقلت ملكية المال إلى الغير . وهذا هو ما يعبر عنه بالتتبع الذى قد يحد من اطلاقه فى المنقول ، حيازة من توافر لديه السبب الصحيح وحسن النية . بل وللدائن المرتهن أيضا أن يحبس الشيء المرهون فى مواجهة الراهن والغير . وهى سلطة ينفرد بها هذا التأمين الاتفاقى ، وسنعنى ببيان نطاقها وآثارها .

وأخيرا يلتزم الدائن المرتهن باستثمار الشيء المرهون بالطريقة التى يصلح لها . وتخصم غلة هذا الاستثمار من الدين وملحقاته ، على النحو الذى سنفصله . والحق فى الاستئثار بالغلة وخصمها على النحو المتقدم يعتبر عنصرا من عناصر حق الرهن الحيازى ، فالدائن المرتهن يستولى على الغلة اصيلا عن نفسه لا نائبا عن الراهن .

---

(١) راجع ما تقدم فقرة ٢٥ وما بعدها .

ولما كان عقد الرهن يقتضى تمكين الدائن المرتهن من حيازة المال المرهون ، فإنه يترتب على ذلك تقرير التزامات على عاتق الراهن ، واخرى على الدائن تحكم العلاقة القانونية التى تربط كلا منهما بالآخر . وتبدأ بالتزام الراهن بتسليم المال محل الضمان . وتنتهى بالزام الدائن برده بعد استنفاد أغراضه منه وهى استيفاء الدين : أو زوال الرهن لأى سبب آخر .

يتضح لنا مما تقدم أن دراسة آثار الرهن الحيازى ينبغى أن نعالج فيها علاقة الدائن المرتهن بالراهن . ثم نبحث السلطات التى يخولها هذا الضمان الاتفاقى لمن تقرر لصالحه .

وقد آثرنا أن ننهى هذه الدراسة بتخصيص بحث مستقل نتناول فيه آثار رهن الديون ، نظرا لما يتميز به من طابع خاص .
وبذلك ينقسم هذا الفصل إلى المباحث الآتية :—

١ — علاقة الدائن المرتهن بالدائن . ٢ — السلطات التى يخولها حق الرهن فى مواجهة الغير . ٣ — رهن الديون .

المبحث الأول

(علاقة الدائن المرتهن بالراهن)

١٨٥ - الرهن الحيازى يتقرر بعقد تبادلى ، يلقى على عاتق الطرفين التزامات متعددة :

بينا فيما تقدم (١) أن الدائن يكتسب حقا عينيـــا تبعيا فور التعاقد إذا كان الشيء المرهون معينا بالذات ومملوكا للراهن . وليس هذا الحكم سوى محض تطبيق للقاعدة العامة التى وردت فى نص م ٢٠٤ ، ومقتضاها

---

(١) راجع فقرة ١٧٣ ، ص ٤٨٦ هامش ١ .

أن الالتزام بنقل الملكية أو أى حق عينى آخر ينقل من تلقاء نفسه هذا الحق ، إذا كان محل الالتزام شيئا معينا بالذات يملكه الملتزم ، وذلك دون إخلال بالقواعد المتعلقة بالتسجيل .

يلاحظ إذن أن التزام الراهن بتقرير حق عينى على العين المرهونة ينقضى فور التعاقد . ولكن يظل الراهن ملتزماً بتسليم العين ، وهو التزام تبعى متفرع عن تقرير الحق العينى .

وحتى يكفل المشرع تمتع الدائن بمزايا هذا الحق ، ألزم الراهن بضمان نفاذ الرهن وسلامته ، بل وألقى على عاتقه تبعة هلاك المال المرهون إذا كان ذلك نتيجة خطأه أو بفعل قوة قاهرة .

أما الدائن المرتهن ، فعليه يقع عبء استثمار المال المرهون والاستفادة من مزاياه فى استهلاك الدين وملحقاته . ولما كانت حيازة المال تنتقل إليه ، فإن ذلك يقتضى أن يسأل عن المحافظة عليه ، وأن يلتزم برده بعد استنفاد أغراضه منه او زوال الرهن بصفة عامة .

هذه هى التكاليف والأعباء التى تنتج عن العقد نتيجة لتقرير حق عينى تبعى لصالح الدائن المرتهن . وسنعنى فيما يلى بدراسة التزامات الراهن ، ثم نعالج التزامات الدائن .

المطلب الاول

التزامات الراهن

يختلف الرهن الرسمى عن الرهن الحيازى من حيث مضمون حق الدائن فى كل منهما . فالدائن المرتهن رهنا رسميا يقنع بالانتظار حتى يحين أجل الوفاء بالالتزام ، وهو خلال هذه الفترة يتربص بالقيمة الاقتصادية للعقار المرهون فيثنى الراهن عن كل عمل مادى أو قانونى يفضى إلى انقاص الضمان انقاصا

كبيرا أو يؤدى إلى عدم كفايته على النحو السابق دراسته بالتفصيل فى الرهن الرسمى . فاذا ماحل أجل الوفاء بالدين ولم يقم المدين به ، عندئذ يتحرك الدائن المرتهن لمباشرة سلطة الافضلية على المقابل النقدى للعقار المرهون ، ويحق له فى سبيل مباشرة هذه السلطة أن يتعقب العقار تحت يد الغير .

أما الدائن المرتهن رهن حيازة فهو لا يقنع بالنظر إلى المال المرهون نظرة ضمان خاص يكفل له استيفاء دينه عند عدم الوفاء . وإنما يبغى منذ البداية أن يسيطر على المال المرهون سيطرة قانونية عن طريق حيازته . ثم يقوم باستغلاله إنكان قابلا للاستغلال أو يستعمله استعمالا يقوم نقدا.ومن حصيلة الاستغلال أو القيمة النقدية للاستعمال يتم استهلاك ملحقات الدين وأصله عن طريق الوفاء التدريجى. ولا يتيسر ادراك هذه الغاية إلا من طريق حيازة المال المرهون. ولا يمكن الاستمرار فى تحقيقها إلا إذا بقى المال المرهون سليما لا يتهدده هلاك أو تلف ، وظل فى مأمن من أى عمل مادى أو قانونى يتهدده بالضياع أو النقصان .

من أجل هذا كله تتفرع كافة الالتزامات الملقاة على عاتق الراهن . فتبدأ بالتزام بالتسليم يجعل السيطرة القانونية على المال المرهون للدائن المرتهن . وتتعزز بالتزام يضمن سلامة الرهن ونفاذه، وآخر يلقى عبء مسئولية الهلاك أو التلف على الراهن ، اذا هلك المال أو تلف نتيجة خطأ الراهن أو بسبب أجنبى . وفيما يلى نعالج كل التزام منها على انفراد .

١٨٦ - الالتزام بتسليم المال المرهون :

نصت المادة ١٠٩٩ من التقنين المدنى على ما يأتى « على الراهن تسليم الشىء المرهون إلى الدائن أو إلى الشخص الذى عينه المتعاقدان لتسلمه — ويسرى على الالتزام بتسليم الشىء المرهون أحكام الالتزام بتسليم الشىء المبيع » .

يعتبر هذا الالتزام مكملا لالتزام الراهن بتقرير حق عينى تبعى على المال

المرهون . وقد بينا أن الدائن يكتسب هذا الحق فور التعاقد مادم الشيء المرهون معينا بالذات ومملوكا للراهن .

على أن اكتساب هذا الحق يلزم لتوافر عنصر العلانية فيه ، أن تنتقل حيازة المال إلى الدائن المرتهن (١) . ومن هنا أوقع المشرع على الراهن التزاماً بتسليم هذا المال .

والتسليم بالمعنى المتقدم هو وضع المال تحت تصرف الدائن المرتهن أو العدل بحيث يتيسر له حيازته . فإن لم ينفذ المدين التزامه طوعا أجبر على التنفيذ العيني (٢) أو عن طريق التعويض ، مع جواز تمسك الدائن بإسقاط الأجل بناء على عدم تقديم التأمين الموعود به (المادة ٣٧٣ مدنى) .

والأصل هو تطبيق الأحكام الخاصة بتسليم الشيء المبيع . إنما ينبغي بشأن الرهن أن نراعى أن هدف التسليم هو توافر علانية هذا الضمان الخاص ، وتمكين الغير من العلم بوجوده عن طريق حيازة الدائن المرتهن للمال المرهون .

تطبيقاً لما تقدم يجب أن يكون التسليم مؤدياً إلى خروج المال من حيازة الراهن خروجا فعلياً . فلا يكفي أن يكون التسليم حكمياً ، لأنه لا يجدى فى نفاذ الرهن على الغير . والتسليم الحكمى يقع إذا احتفظ الراهن بالمال المرهون بسند آخر كعارية أو إيجار . وهو كما قدمنا لا يبرىء ذمة الراهن ، بل يحق للدائن المرتهن أن يطالب بالتسليم الحقيقى المؤدى فعلا إلى انتقال الحيازة إليه أو إلى العدل المختار .

ويستثنى من الحكم المتقدم كما سبق البيان ، حالة ما إذا كان المرهون عقارا ،

---

(١) راجع ما تقدم فى دراسة الحيازة كحكم عام لسريان الرهن فى مواجهة الغير .

(٢) انظر نقض مدنى فى ٣١ مايو سنة ١٩٣٤ مجموعة القواعد القانونية التى اصدرتها محكمة النقض ج ١ ص ٣٩٣ . وفيه تقرر المحكمة أنه « فى عقد الرهن الحيازى إذا امتنع الراهن عن تسليم الرهن أمكن للمرتهن أن يجبره على ذلك قضاء » .

واستبقى الراهن حيازته على سبيل الإيجار ، بشرط ذكره فى قائمة القيد أو التأشير به إذا وقع فى تاريخ لاحق (١) .

أما من حيث زمان التسليم وكيفية حصوله ومكانه ، فتتبع الأحكام التى تنظم تسليم الشىء المبيع . فيلتزم الراهن بتسليم المال بالحالة التى يكون عليها وقت التعاقد ، ويخضع التسليم لحكم الملحقات فى العين المبيعة كما سبق البيان فى دراستها . . .

ويلاحظ فى هذا الصدد أن المشرع قد أجاز فى عقد البيع (م ٢/٤٣٥) أن يقع التسليم بمجرد تغيير سند حيازة المشترى ، كما لو كان فى حيازته قبل البيع بموجب إيجار أو عارية .

وقد أثار الفقه الفرنسى الشك فى جواز انطباق هذا الحكم على الدائن المرتهن . باعتبار أن هذا التغيير فى سند الحيازة لا يكفى فى دلالته لتمكين الغير من العلم بتقرير الرهن . ويبدو لنا وجوب إخضاع الأمر لتقدير قاضى الموضوع يفصل فيه على ضوء ما يعرض له من وقائع ، مستهدياً فى ذلك بالهدف من الحيازة كوسيلة للاعلان عن الرهن (٢) .

١٨٧ - الالتزام بضمان سلامة الرهن ونفاذه :

تنص المادة ١١٠٦ على ما يأتى « يضمن الراهن سلامة الرهن ونفاذه ، وليس له أن يأتى عملا ينقص من قيمة الشىء المرهون أو يحول دون استعمال الدائن لحقوقه المستمدة من العقد ، وللدائن المرتهن فى حالة الاستعجال أن يتخذ على نفقة الراهن كل الوسائل التى تلزم للمحافظة على الشىء المرهون » .

---

(١) أقر القانون رقم ٢٨ لسنة ١٩٤٠ صحة الرهن الحيازى الذى ينعقد لصالح بنك التسليف الزراعى بضمان المحصولات ، حتى ولو بقيت المحصولات فى مخازن المدين ، بشرط أن تختم ابواب المخازن بالشمع الأحمر وان تعلق عليها بطريقة ظاهرة ألواح تحمل اسم البنك .

(٢) أنظر جابريل جابولد أنسكلوبيدى داللوز ج ٢ ص ٨٥٥ بند ٧٦ .

يتضح من النص المتقدم أن الراهن يقع عليه التزام بالقيام بكل ما يلزم لنفاذ الرهن وضمان سلامته ، والامتناع عن كل مايؤدى إلى حرمان الدائن من الاستفادة من الضمان الخاص الذى اكتسبه على المال المرهون .

وتطبيقاً لهذا الحكم ، يجب على الراهن أن يعين الدائن فى استكمال أحكام نفاذ الرهن على الغير ، فإن كان المرهون عقاراً التزم بالمعاونة فى إجراء القيد . وإن كان منقولا وجب عليه تيسير التصديق على التوقيعات لإعطاء الورقة العرفية تاريخاً ثابتاً يجعلها سارية فى مواجهة الغير .

بل ويضمن الراهن أيضاً تمكين الدائن من مباشرة حقوقه وسلطاته دون عائق . وبهذه المثابة يمتنع عليه القيام بأى عمل مادى أو إجراء أى تصرف قانونى يمس حق الدائن المرتهن أو يعوق مباشرة سلطاته . فتنعقد مسئوليته مثلا إذا عمد إلى محاولة سلب الحيازة ، أو وضع العقبات فى سبيل استغلال المال المرهون .

وقد زود المشرع الدائن المرتهن بوسيلة عاجلة تكفل له المحافظة على حقه ، ودفع كل تعرض يمسه ، فأجاز له السعى إلى القاضى يسأله اتخاذ ما يلزم من إجراءات للمحافظة على الشيء المرهون ، وتكون المصروفات التى تنفق فى هذا الشأن على نفقة الراهن ، ويحق للدائن أن يستوفيها فى نطاق الأفضلية التى يكفلها له الرهن .

كما يلاحظ فى هذا الصدد ايضا أن المشرع قد أحال فى المادة ١١٠٢/٢ على المادة ١٠٤٨ الواردة فى باب الرهن الرسمى . وتنص هذه المادة فى فقرتها الاخيرة على حق الدائن فى أن يطلب من القاضى وقف الأعمال التى تعرض المال المرهون للهلاك أو التلف ، أو تجعله غير كاف ، واتخاذ الوسائل التى تمنع وقوع الضرر .

وبهذه الاحالة التشريعية يتأكد التزام الراهن بوجوب الامتناع عن كل عمل مادى أو إجراء أى تصرف قانونى يؤدى إلى تعريض المال المرهون للهلاك

أو التلف ،أو يفضى إلى المساس بكيانه الاقتصادى وعدم كفايته للضمان .

ومن قبيل الأعمال المادية التى تعقد مسئولية الراهن اتلاف المرهون أو اتيان عمل يترتب عليه هلاكه ، أو محاولة انتزاعه من تحت يد الدائن المرتهن خلسة او اغتصابا ، أو وضع العقبات فى سبيل تمكين الدائن المرتهن من استغلال المال المرهون .

أما التصرفات القانونية (١) فهى تنفذ فى حق الدائن المرتهن مادامت قد انعقدت وتم شهرها قبل أن يحوزالدائن المال المرهون ويستوفى أحكام علانية الرهن الخاصة التى وضعها القانون وفقا لطبيعة المال المرهون .

على أن التصرف الذى ينفذ اصلا فى حق الدائن المرتهن يجوز الطعن فيه إذا انعقد بالتواطؤ مع الغير ، وذلك إعمالا لمبدأ أنالغش يفسد كل أمر(٢). ويتوافر ذلك فى رهن العقار إذا بادر الراهن بتقرير رهن جديدوتم قيد الرهن وتسليم العقار للدائن المرتهن الثانى بالتواطؤ ، قبل أن يتيسر للدائن المرتهن الأول استلام العقار . ويكون الحال كذلك فى رهن المنقول ، إذا بادر الراهن ببيع المنقول أو رهنه وتسليمه للمشترى أوالدائن المرتهن الثانى بطريق التواطؤ، قبل أن يتمكن الدائن المرتهن الأول من تسلم المنقول .

أخيرا يلاحظ أن الراهن يسأل عن تعرض الغير القانونى للدائن المرتهن ، إذا كان هذا التعرض يمس سلامة الرهن . وعلى هذا النحو إذا ادعى شخص منالغير ملكية المال المرهون ، فهنا يلتزم الراهن بدفع هذا التعرض بكافة الوسائل ، فاذا أخفق فى دفعه واستحق المرهون فعلا لمدعى ملكيته ، فهنا يحق للدائن المرتهن المطالبة بالتعويض ، والتمسك بسقوط الأجل والوفاء الفورى بالالتزام .

---

(١) انظر فى سلطة الراهن فى التصرف فى العقار المرهون دراستنا السابقة للرهنالرسمى فقرة ٧٩ وما بعدها .

(٢) راجع فى التأصيل القانونى لهذا المبدأ فقرة ٨٤ .

أما التعرض المادى فلا يسأل عنه الراهن : ويجب على الدائن عندئذ أن يتولى بنفسه دفع هذا التعرض بكافة الوسائل القانونية . وذلك بوصفه حائزا قانونيا لحق الرهن .

نخلص مما تقدم أن التزام الراهن بضمان سلامة الرهن ونفاذه أساسه توفير حيازة هادئة للدائن المرتهن تكفل له مباشرة سلطة الاستغلال على النحو الذى يحقق له غايته من استيفاء الدين وملحقاته عن طريق الوفاء التدريجى .ومضمون هذا الالتزام هو الامتناع عن كل فعل مادى أو تصرف قانونى يهدد المال المرهون أو ينقص من قيمته الاقتصادية على النحو السابق بيانه . كما يضمن له ايضا تعرض الغير القانونى .

أما جزاء الاخلال بهذا الالتزام فيتمثل فى حركة وقائية يقوم بها الدائن المرتهن . وبها يتجه إلى القاضى يسأله المعاونة فى اتخاذ كافة الاجراءات التى تفضى إلى المحافظة على الشىء المرهون . كما له أن يعترض على كافة التصرفات التى تهدد التأمين بالضياع .

ويجوز للدائن أيضا أن يطالب بفسخ الرهن ، وعندئذ تحق له المطالبة بالاداء الفورى للالتزام وتجريد المدين من الأجل الذى اقترن بتنفيذه .

أما إذا وقع المحظور وهلك التأمين أو تلف ، فهنا تخضع العلاقة بين الراهن والدائن للاحكام الواردة فى نصوص المواد ١٠٤٨ ، ١٠٤٩ فى باب الرهن الرسمى ، وهى التى سنشير اليها فيما يلى .

١٨٨ - الالتزام بضمان هلاك المال المرهون أو تلفه :

تقضى المادة ١١٠٢ بأن الراهن يضمن هلاك الشىء المرهون أو تلفه إذا كان الهلاك أو التلف راجعاً لخطئه أو ناشئا عن قوة قاهرة . وتسرى على الرهن الحيازى أحكام المادتين ١٠٤٨ ، ١٠٤٩ المتعلقة بهلاك الشىء المرهون رهناً

رسمياً أو تلفه وبانتقال حق الدائن من الشيء المرهون إلى ما حل محله من حقوق (م ١١٠٢/٢)

يستفاد من النصوص المتقدمة أن تبعة هلاك المال المرهون تقع على عاتق الراهن إذا هلك بخطئه أو كان ذلك نتيجة قوة قاهرة .

ولكن يلاحظ فى هذا الصدد أن المشرع قد ألقى على عاتق الدائن المرتهن التزاماً بالمحافظة على المال المرهون بعد تسلمه . بل وجعله مسئولا عن هلاك الشيء أو تلفه ، مالم يثبت السبب الأجنبي . فكأن تبعة الهلاك تقع على المدين ، ولكن يلزم لتطبيق هذا الحكم ، إذا انتقلت حيازة المال إلى الدائن ، أن يثبت توافر السبب الأجنبى . ويستفاد من ذلك أن المشرع جعل التزام الدائن بالمحافظة على المال ، التزاماً بتحقيق نتيجة ، وعقد مسئوليته عن الهلاك أو التلف لمجرد وقوعه ، ولا تنتفى هذه المسئولية إلا بإثبات السبب الأجنبي . وسنعنى لتفصيل مضمون هذا الالتزام فى دراسته .

أما أثر الهلاك أو التلف فالمرجع فيه إلى نص المادة ١٠٤٨ التى وردت فى باب الرهن الرسمى . وخلاصتها أن الهلاك المنسوب إلى خطأ الراهن ، يخول للدائن المرتهن الخيار بين مطالبة عاجلة بالوفاء ، أو اقتضاء تأمين جديد . والهلاك الواقع بسبب أجنبى يكون الخيار فيه للراهن بين أداء فورى للدين ، أو تقديم تأمين آخر ، هذا كله ما لم يقبل الدائن بطبيعة الحال الإبقاء على الأجل المقترن بالالتزام بلا تأمين يكفل الوفاء به .

أخيراً عنى المشرع بتقرير إحالة صريحة إلى نص المادة ١٠٤٩ التى تبسط وعاء الأفضلية ، فتجيز للدائن أن يستوفى حقه من المقابل النقدى المستحق عن هلاك المال المرهون كعوض تأمين أو مبلغ تعويض أو مقابل نزع ملكية العقار للمنفعة العامة (١) .

---

(١) راجع ما تقدم فقرة ٩٠ وما بعدها .

المطلب الثانى

التزامات الدائن المرتهن

تقع على عاتق الدائن المرتهن مجموعة من الالتزامات. يجمعها فكرة واحدة وهى أن حيازة المال المرهون تنتقل إلى الدائن المرتهن . وأنه يتلقى من الراهن سلطة اصيلة هى استغلال المال . مقابل استهلاك الدين وملحقاته من حصيلة هذا الاستغلال .

على هذا النحو كان من الضرورى أن يتحمل الدائن عبء صيانة المال المرهون والمحافظة عليه .

وهكذا ألزم المشرع الدائن بأن يستغل المال ويستثمره حتى يتيسر استهلاك الدين المضمون وملحقاته من حصيلة الاستغلال. وبذلك تجاوز الرهن الحيازى الدور التقليدى للضمانات الخاصة ، وهو توفير الأمان للدائن فى الحصول على حقه مفضلا على غيره من الدائنين ، وأصبح وسيلة للوفاء التدريجى بالدين .

أخيراً يتجرد الدائن من الحيازة القانونية للمال المرهون ، ويلتزم برده حينما تنتفى الحكمة من الحيازة . ويتحقق ذلك بزوال الرهن بصفة أصلية أو تبعية .

هذه هى مجموعة الالتزامات المختلفة التى سنعنى فيما يلى بتفصيل أحكامها .

١٨٩ - الالتزام بحفظ المال المرهون وصيانته :

تقرر المادة ١١٠٣ أنه « إذ تسلم الدائن المرتهن الشىء المرهون فعليه أن يبذل فى حفظه وصيانته من العناية ما يبذله الشخص المعتاد ، وهو مسئول عن هلاك الشىء أو تلفه مالم يثبت أن ذلك يرجع لسبب أجنبى لا يد له فيه » .

غنى عن البيان أن هذا الالتزام لا يتصور تقريره على عاتق الدائن المرتهن إلا إذ تسلم فعلا المال المرهون . عندئذ تنتقل إليه حيازته ، ويسأل عن إدارته واستغلاله ، وفى هذ السبيل أيضاً يلتزم بالمحافظة على المال وصيانته من الهلاك أو التلف .

ويراعى وجوب تحديد مضمون التزام الدائن المرتهن . فقد أتت صياغة المادة ١١٠٣ على نحو قد يغرى بالقول أن نطاق الأداء الملقى عليه يطابق أوصاف الالتزام ببذل عناية .

ونعنى بذلك ، الإشارة إلى تفرقة ذاع صيتها فى الفقه الحديث ، وأخذت طريقها إلى الاستقرار فى القضاء المصرى ، وهى تقسيم الالتزامات إلى طائفة ببذل عناية ، وأخرى بتحصيل نتيجة (١) .

يقع على عاتق المدين فى الالتزام بتحصيل نتيجة إدراك نتيجة محددة ، فإن لم تتحقق اعتبر مقصراً فى تنفيذ التزامه ما لم يثبت السبب الأجنبى الذى حال دون وقوع هذه النتيجة . وهو بهذه المثابة يعتبر ضامناً لتحقيقها . من ذلك مثلا تعهد شخص بتسليم بضاعة فى تاريخ معين ، أو بحسب الاتجاه الحديث فى القضاء المصرى التزام متعهد نقل البضائع بإيصالها سالمة إلى جهة الوصول أو التزام أمين نقل الأشخاص بتأمين سلامة المسافر . فى هذه الصور المتقدمة لا يعتبر المدين أنه قد نفذ التزامه ، إلا إذا حقق النتيجة المطلوبة ، فإن تخلفت انعقدت مسئوليته مالم يثبت السبب الأجنبى (٢) .

---

(١) أنظر فى بيان هذه التفرقة مازو المسئولية المدنية الطبعة الرابعة ج١ فقرة ١٠٣ وما بعدها . تونك مجلة الأسبوع القانونى ١٩٤٥ القسم الأول ص ٤٤٩ — أوسيل تعليق فى نفس المجلة ١٩٥٣ ص ٧٥٣٧ . راجع أيضا اسماعيل غانم محاضرات فى أحكام الالتزام ص ٣٦ وما بعدها .

(٢) أنظر نقض مدنى ٧ يناير ١٩٥٤ مجموعة المكتب الفنى عدد ٢ سنة ٥ ص ٤٠٢ — القاهرة الابتدائية ١٣ مارس ١٩٥١ المحاماة سنة ٣١ عدد ٨ ص ١٣٨٦) .

أما الالتزام ببذل عناية فمقتضاه تحديد نطاق الأداء الملقى على عاتق المدين ، بوجوب اتخاذ مسلك معين يجب ألا ينحرف عنه . ولكنه لا يضمن للدائن تحقيق النتيجة التى يؤدى اليها هذا المسلك ، وذلك فى الأحوال التى تكون فيها النتيجة التى يأملها الدائن احتمالية ، على نحو يجعلها غير خاضعة لسيطرة المدين. والمثال التقليدى عليها ، هو التزام الطبيب الذى يتحدد بوجوب بذل العناية التى تقتضيها أصول المهنة ، دون أن يمتد إلى ضمان شفاء المريض .

ويعتبر الطبيب أنه قام بتنفيذ التزامه إذا ما اتخذ المسلك الواجب عليه .وعلى الدائن إذا أراد عقد مسئوليته ، أن يثبت انحرافه بعدم بذل العناية المطلوبة .

وقد عنى المشرع المصرى فى المادة ٢١١ من التقنين المدنى بوضع معيار مادى للعناية المطلوبة من المدين إذا كان ملتزما بالمحافظة على شىء ، أو بالقيام بادارته أو بتوخى الحيطة فى تنفيذ التزامه . فقرر أن المدين يكون قد وفى بالالتزام إذا بذل فى تنفيذه من العناية كل ما يبذله الشخص العادى ، ولو لم يتحقق الغرض المقصود . وكأن عناية الشخص العادى هى المعيار المادى المتوسط الذى تخيره المشرع المصرى كقاعدة عامة . على أنه تارة يتطلب عناية أكثر وأخرى يقنع بعناية أقل، فى صور ورد بشأنها نصوص خاصة (م ٦٤١ فى عقد العارية ، م ٧٢٠ فى الوديعة على سبيل المثال) .

ويلاحظ وجوب مراعاة الحيطة فى الرجوع إلى هذه النصوص، للاستدلال منها على تحديد نطاق تقسيم الالتزامات إلى بذل عناية أو تحصيل نتيجة .

فلا يكفى أن يرد نص فى القانون يقرر أن المدين ملتزم ببذل عناية معينة ، للقول بأنه غير ضامن لتحقيق النتيجة التى تؤدى اليها هذه العناية عادة .

وإنما يجب الاستناد إلى معيار آخر ، وهو الراجح بين الفقهاء المروجين لهذا التقسيم، قوامه أن العبرة بمدى احتمال وقوع النتيجة ،ومدى سيطرة المدين عليها وقدرته على تحقيقها . فإن كانت العناية المطلوبة منه تؤدى الى الغاية منها ، كنا بصدد التزام بتحصيل نتيجة .

المثال الحى الذى يصدق عليه المعيار المتقدم هو التزام الدائن المرتهن المقرر فى نص م١١٠٣. فهو يلتزم باتخاذ مسلك معين فى المحافظة على الشىء المرهون وصيانته. ولكنه يضمن أيضا سلامته، فقد افترض المشرع أن العناية المطلوبة منه، تؤدى إلى الإبقاء على الشىء سليما دون أن يصيبه التلف أو يلحقه الهلاك. فإن تلف أو هلك انعقدت مسئوليته. باعتباره ضامنا لنتيجة معينة، مالم يثبت السبب الأجنبى الذى جعلها تفلت من سيطرته. وعليه بطبيعة الحال عبء هذا الاثبات.

واخيرا نشير بصدد التزام الحفظ والصيانة إلى نص المادة ١١١٦ التى تلزم الدائن المرتهن لعقار، أن يتعهده بالصيانة، وأن يقوم بالنفقات لحفظه، وأن يدفع ما يستحق سنويا على العقار من ضرائب وتكاليف، على أن يستنزل من الثمار التى يحصلها قيمة ما أنفق. وتستوفى هذه القيمة من ثمن العقار حسب المرتبة التى يخولها له حق الرهن.

وجدير بالذكر أن التزام الدائن المرتهن بأداء ما يستحق من ضرائب، وثيق الصلة بحفظ العقار. إذ أن اهمال الدائن فى هذا الشأن قد يؤدى إلى خروج العقار من ذمة الراهن، اذا ما بيع جبرا لاستيفاء الضرائب المستحقة عنه.

١٩٠ - الالتزام بادارة المال المرهون واستثماره :

عالجت المواد من ١١٠٤ إلى ١١٠٦ الأحكام التى تنظم ادارة المال المرهون واستثماره، والقواعد التى تحكم استهلاك الدين وملحقاته من غلة الاستثمار. ثم بينت حكم الاتفاق الذى يجعل الغلة مقابلا للفوائد، والقيود القانونية التى يخضع لها.

ادارة المال المرهون - الدائن المرتهن حائز قانونى : ينفرد الرهن الحيازى بين النظم القانونية للضمانات العينية الخاصة، بسلطة تميزه عن غيره، وتباعد بينه وبين الرهن الرسمى، إذا كان المرهون عقارا.

مباشرة هذه السلطة اقتضت من المشرع أن يلقى على عاتق الدائن المرتهن رهن حيازة ، التزاما بادارة المال محل التأمين واستثماره . على نحو قد يفضى إلى استهلاك الدين وملحقاته ، دون حاجة للالتجاء إلى إجراء بيعه جبرا .

والدائن اذ يباشر هذه السلطة . يصدق عليه وصف الحائز القانونى . وقد بينا فى دراسة سابقة (١) أن الرهن يكسبه حقا عينيا تبعيا على المال المرهون . مضمون هذا الحق يخول للدائن استيفاء الدين المضمون من المقابل النقدى لهذا المال ، ويجيز له تتبعه بالقدر الذى لا يتعارض مع اهدار حق حائز المنقول بحسن نيه وسبب صحيح . ويشمل مضمون الحق أيضا سلطة حبس المال حتى يستنفد الدائن أغراضه من الرهن .

أشار المشرع المصرى إلى السلطات المتقدمةفى الصياغة التى اختارها لتعريف الرهن الحيازى فى المادة ١٠٩٦ من التقنين المدنى .

ولكنه لم يتناول سلطة الاستثمار وخصم الغلة من الدين وملحقاته إلا بصدد بحث التزامات الدائن المرتهن فى المادة ١١٠٣ وما بعدها . على أن ذلك لا يمنع من أن هذه السلطة كما يستفاد من أحكامها ، تعتبر عنصرا أساسيا فى مضمون الحق العينى المخول للدائن المرتهن رهن حيازة .

ولو اقتصرنا على العقار ، فعقدنا المقارنة بين مركز الدائن المرتهن فى الرهن الرسمى ،ومركزه فى الرهن الحيازى ، لأمكن القول أن الأول يتعلق حقه بثمار العقار منذ تاريخ معين هو تسجيل تنبيه نزع الملكية (م ١٠٣٧) . أما الثانى فقد آثره بحكم خاص ، يمكنه من الاستئثار بهذه الثمرات منذ انعقاد العقد وخصمها من ملحقات الدين وأصله على النحو المبين بالقانون (م ١١٠٤ / ٢).

أطلق المشرع هذا الحكم المتقدم ، فجعله عاما فى تطبيقه يشمل الرهن الحيازى سواء كان محله عقارا أو منقولا قابلا للاستثمار .

---

(١) أنظر ماتقدم فقرة ١٧٧ .

ومن هنا يبدو لنا أن الدائن المرتهن فى الرهن الحيازى ، يستأثر بسلطة من سلطات المالك الأساسية ، وهى استغلال المال . ومقابل هذا الاستئثار هـو استهلاك الدين فى ملحقاته وأصله .

ولاتعتبر هذه السلطة ، فى تقديرنا ، نتيجة حتمية لحق الدائن فى حبس المال المرهون. فقد عرفت بعض النظم القانونية للضمان الخاص الاتفاقى ، التى تكفل للدائن حبس المال المحمل بالتأمين ، دون أن تخول له استثماره أو تلزمه بذلك . وهذا هو طابع الرهن الحيازى الوارد على المنقول فى القانون الفرنسى (١) .

على ضوء ما تقدم نميل إلى القول بأن إدارة المال المرهون واستثماره تعتبر من عناصر الرهن ؛ وعلى هذا النحو نكون بصدد سلطة تدخل فى مضمون الحق العينى المقرر للدائن المرتهن . وهو إذ يباشر هذه السلطة ، يكون أصيلا عن نفسه لا نائباً عن الراهن(٢) .

---

(١) أنظر بودان وفواران ج ١٣ فقرة ٢٣٩ .

(٢) راجع فى هذا المعنى المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى ج ٧ ص ٢١٩ حيث تقرر « والحق فى أخذ الغلة وخصمها على النحو المتقدم هو عنصر من عناصر حق الرهن ، فالدائن المرتهن يستولى على الغلة أصيلا عن نفسه لا نائبا عن الراهن » . أنظر أيضا فى هذا الاتجاه عبدالفتاح عبد الباقى فقرة ٤٨٦ وبصفة خاصة ص ٦١٤ وما بعدها.

قارن نقض مدنى فى ٢٣ نوفبر سنة ١٩٥٠ مجموعة أحكام النقض س ٢ عدد١ ص ٩٣ وفيه تقرر المحكمة أن «الدائن المرتهن رهن حيازة يعتبر أنه وكيل عن المدين الراهن فى استغلال إدارة العين المرهونه وقبض ريعها وأن عليه بهذا الوصف أن يقدم إلى الراهن حسابا مفصلا عن ذلك . ودين الموكل قبل وكيله لا يبدأ تقادمه إلا من تاريخ انتهاء الوكالة وتصفية الحساب بينهما ». راجع فى تأييد هذا الاتجاه شفيق شحاته فقرة ١٥٩ ، محمد على امام ص ٥٢٧ وما بعدها — وانظر ايضا سليمان مرقس فقرة ٢٩٢ حيث يرى أن الدائن وإن لم يعتبر وكيلا عن الراهن فهو نائب قانونى عنـــه .

وقد أوضحنا فى المتن عدم تسليمنا بخلع صفة النائب القانونى على الدائن ، أو تخصيصها بأنه وكيل ، باعتبار أن الاستثمار سلطة يباشرها بالإصالة عن نفسه ، وعلى أساس أنها تدخل فى مضمون الحق العينى الذى تقرر له على المال المرهون. راجع ماتقدم فقرة ١٧٧ ،وقد أشرنا فى هذا الموضع أن استغلال المال المرهون سلطة أصلية ينتزعها الدائن المرتهن من الراهن ويباشرها لحسابه . =

هذا التصوير الذى نميل إلى الأخذ به ، لا يتعارض مع اعتبار استثمار المال المرهون واستغلاله من قبيل الالتزامات التى تلقى على عاتق الدائن المرتهن . بل على النقيض من ذلك يمكن اتخاذه سنداً لتأييد ما نذهب إليه . ذلك أن الرهن الحيازى تأمين عينى خاص يقوم على تمكين الدائن المرتهن من حيازة المال المرهون ، ويفضى إلى تقرير حق عينى تبعى عليه. مضمون هذا الحق يتناول بين السلطات التى يخولها ، حق استثمار المال المرهون وخصم الدين بأصله وملحقاته من غلة الإستثمار . وكأن الراهن إذ نقل إلى الدائن سلطة الاستغلال المتفرعة عن حق الملكية ، يتلقى عوضاً عنها ، هو إبراء ذمته من الدين وملحقاته بالقدر الذى يستهلك من الغلة . ومن هنا يظهر لنا أن طبيعة هذا التصرف القانونى ، اقتضت من المشرع أن يجعل استغلال المال المرهون حقاً للدائن ، وواجباً عليه . مظهر الحق فيه أنه يستأثر بالثمرات وحده فلا يشاركه فيها أحد ، ومناط الواجب أن هذا الاستثمار يقع بمقابل ، يتمثل فى خصم الدين وملحقاته ، وهنا لم تترك الحرية للدائن المرتهن فى استغلال المال المرهون أو اهماله له (١) .

= ويتلقى الدائن هذه السلطة بمقابل ، هو خصم حصيلة الاستغلال من اصل الدين وملحقاته . وبهذه المثابة يتجاوز الرهن الحيازى دور الضمان الخاص الذى يكفل تنفيذ الالتزام جبرا عند عدم قيام المدين بادائه ، ليصبح وسيلة للوفاء التدريجى بالالتزام . وهو أمر مألوف فى الرهن الحيازى العقارى فى البيئات الريفية فى مصر .

(١) قارن محمود جمال الدين زكى حيث يعيب على هذا الرأى التناقض من حيث اعتبار استغلال الشىء المرهون حقا للمرتهن. وفى نفس الوقت واجبا عليه لأن الحق فى نظرية القانون نقيض الواجب . كأنه لا تجوز فى نظرة المقارنة بين الدائن المرتهن والمنتفع ، وذلك لأن المرتهن لا يستطيع الانتفاع بالشىء المرهون دون مقابل ! » وأخيرا يعلق صاحب هذا الرأى على عدم جواز التسليم بأن الاستغلال عنصر فى الرهن الحيازى بدليل أن المادة ٢/١١٠٤ تجيز ترك الشىء المرهون بغير استثمار !

ويبدو لنا أن الرأى المتقدم لم يتقبل التصوير القانونى الذى ارتضيناه للدائن المرتهن رهن حيازة (راجع ماتقدم فقرة ١٧٧) .فقد بينا فى هذا الصدد أن الدائن المرتهن يعتبر حائزا قانونيا لحق الرهن ، وأن هذا الحق يتضمن فضلا عن السلطات التقليدية فى الحقوق العينية التبعية وهى الافضلية والتتبع ، سلطة أخرى هى استغلال المال المرهون ، وهو يتلقى هذه السلطة من الراهن بمقابل هو استهلاك الدين وملحقاته بطريق الوفاء التدريجى. ومن هنا كان الحق والواجب فى الاستثمار . فهو حق من ناحية أن أحدا لا يستطيع أن يزاحمه فيه أو يشاركه فى ثمراته ، وهو واجب من حيث أنه يقع=

ولعله من اليسير أن نقارب بين مركز المنتفع والدائن المرتهن في هذا الصدد . فالمنتفع يكتسب حقاً عينياً على المال ، بعوض أو بغير عوض ، يخول له الاستعمال أو الاستغلال ، وتترك حريته مكفولة في مباشرة هذه السلطات ، باعتبار أن مالك الرقبة يفترض فيه أنه تلقى من المنتفع عوضاً ، أو منحه الانتفاع على سبيل التبرع . أما الدائن المرتهن فهو إذ يكتسب سلطة الاستغلال يتلقاها بعوض ، تقتضي طبيعته أن يباشر هذا الاستغلال . ذلك العوض يتمثل كما قدمنا في تخصيص الثمرات لاستهلاك ملحقات الدين وأصله بالطريقة التي بينها القانون (١) .

تحليل مركز الدائن المرتهن على النحو المتقدم ، يستجيب إلى صياغة المشرع لالتزام الدائن المرتهن باستغلال المال المرهون . إذ تنص المادة ١١٠٤ على ما يأتي « ليس للدائن أن ينتفع بالشيء المرهون دون مقابل ، وعليه أن يستثمره استثماراً كاملا ما لم يتفق على غير ذلك , وما يحصل عليه الدائن من صافي الريع وما استفاده من استعمال الشيء يخصم من المبلغ المضمون بالرهن ،

= بمقابل هو استهلاك الدين ، ومن ثم يمتنع عليه الانفراد وحده بالامتناع عن استغلال المال المرهون

أما القول المتقدم بعدم جواز تقريب مركز المرتهن من المنتفع على أساس أن المرتهن لا يستطيع أن ينتفع بالشيء المرهون دون مقابل ، فأساسه ايضا عدم مراعاة الطبيعة الخاصة لسلطة الاستغلال المكفولة للدائن. فالدائن المرتهن يستغل المال المرهون دائما بعوض ، وهو الوفاء التدريجي عن طريق استهلاك الدين وملحقاته . ومن هنا يظهر أن سلطة الاستغلال التي يكتسبها الدائن المرتهن تنفر بطبيعتها من أن ينتفع بالمال المرهون بلا مقابل .

أخيرا يرفض الرأي المذكور اعتبار الاستغلال عنصرا في الرهن الحيازي مادام المشرع يجيز الاتفاق على ترك الشيء المرهون بغير استثمار ولا نرى في ذلك ابدا سندا لتبرير القول المتقدم . فالاستغلال سلطة تقررت لصالح المدين والدائن المرتهن معا . وليس ثمة ما يمنع من أن تتلاقى ارادة الاثنين معا على عدم ممارسة هذه السلطة وترك المال دون استثمار . وعندئذ يقتصر الرهن الحيازي على اداء الدور التقليدي في الضمانات الخاصة ، وهو تربص الدائن المرتهن بالمال المرهون حتى يحين أجل الوفاء بالدين . فإن لم يقم المدين بسداده يحق للدائن المرتهن استيفاء الدين من المقابل النقدي للمال المرهون .

(١) قارن شفيق شحاته فقرة ١٥٨ ، سليمان مرقس عقد الإيجار فقرة ١٠٥ .

ولو لم يكن قد حل أجله . على أن يكون الخصم أولا من قيمة ما أنفقه فى المحافظة على الشيء وفى الاصلاحات . ثم من المصروفات والفوائد ثم من أصل الدين » .

يظهر من نص هذه المادة أن سلطة الاستغلال يعهد بها إلى الدائن. بل وقد احتاط المشرع للفرض الذى لايكون فيه المال قابلا للاستغلال ، أو الذى يؤثر فيه الدائن المرتهن استعمال هذا المال. فقضى أيضاً بتقويم سلطة الاستعمال بقيمة نقدية ، يقدرها القاضي إذا أثير حولها النزاع . هذه القيمة النقدية ، تأخذ حكم غلة الاستثمار ، فتخصم أيضاً من المبلغ المضمون بالرهن بالطريقة التى بينها القانون . وهذا هو ما تعنيه م ٣/١١٠٤ بقولها إن ما استفاده الدائن من استعمال الشيء يخصم من المبلغ المضمون بالرهن . على أن يكون الخصم أولا من قيمة ماأنفقه فى المحافظةعلى الشيء وفىالاصلاحات ثم من المصروفات والفوائد ثم من أصل الدين.

نخلص إذن من كل ما تقدم أن الدائن المرتهن رهن حيازة ، ينفرد بسلطات خاصة يكفلها له الحق العينى الذى يتقرر على المال المرهون . فهو يتمتع بالأفضلية والتتبع والحق فى حبس المال كما سنبين فيما بعد . ولكنه يباشر أيضاً سلطة الاستغلال أو الاستعمال التى يتلقاها من الراهن ، بعوض نقدى ، يتمثل فى خصم غلة الإستثمار أو القيمة النقدية للاستفادة من الاستعمال ، من المبلغ المضمون بالرهن (١) .

---

(١) ولعل استهلاك الدين من ثمرات الاستغلال هو سر الرواج الذى أتيح للرهن الحيازى الوارد على العقار فى الريف المصرى . حيث كان الدائن يحوز الأرض الزراعية ، فيستثمرها بما توافر لديه من امكانيات ، ويستقطع من غلتها الدين المستحق له حتى يستوفيه . وبذلك يتفادى الراهن بيع أرضه المرهونة بالمزاد . على أن هذا الرواج قد تضاءل ، بعد أن بدأ الزراع فى الاعتياد على نظام الرهن الرسمى ، وهو بعد يكفل لهم الحصول على الائتمان الذى يحتاجون اليه ، مع بقاء الأرض فى حيازتهم ، يقومون بأنفسهم على استغلالها ، والاستئثار بثمارها .

مسئولية الدائن فى استثمار المال المرهون أو استعماله : يكتسب الدائن المرتهن صفة الحائز القانونى وهو بهذه المثابة يباشر سلطة الاستغلال أو الاستعمال . على أن مباشرة هذه السلطة ، كما سبق البيان ، إذ تعبر عن حق الدائن ، يتمثل فيها أيضاً معنى الواجب ، وذلك باعتبار أن غلة الاستثمار أو القيمة النقدية للإستفادة من الاستعمال تخصم من المبلغ المضمون بالرهن . وهنا تظهر مصلحة المدين فى أن يفرض رقابته على الدائن المرتهن . ولذلك عنى المشرع بتحديد مسئولية الدائن ، وبيان مدى الرقابة القانونية التى يخضع لها . وقد تكفلت المادة ١١٠٦ بتفصيل الأحكام التى يجب مراعاتها فى هذا الصدد .

فليس للدائن أن ينحرف عن مسلك الرجل المعتاد فى إدارة المال واستغلاله . هذا هو المعيار المادى الذى ارتضاه المشرع لتحديد مسئولية الدائن المرتهن ، مستجيباً فى الأخذ به إلى القاعدة العامة التى وردت فى المادة ٢١١ من التقنين .

على أن المادة ١١٠٦ قد وضعت بعض أحكام مفصلة يخضع لها الدائن فى بذل العناية المطلوبة منه . فليس له أن ينفرد بتوجيه استغلال المال المرهون وجهة جديدة ، دون أن يحصل على رضاء الراهن . ويجب عليه ، إن جد من الأمور ما يستدعى تدخل الراهن ، أن يبادر باخطاره .

فان انحرف الدائن عن نطاق الأداء المطلوب منه ، بأن أساء إدارة المال المرهون فى بذل عناية الرجل المعتاد ، ومن باب أولى إذا ارتكب إهمالا جسيما والأمر فى تقديره متروك للقضاء ، أجيز للراهن أن يسعى إلى القاضى يسأله العون (١) .

---

(١) قضت الدائرة المدنية لمحكمة النقض فى ٢٧ يناير سنة ١٩٥٥ بما يأتى « متى كانت المحكمة إذ طبقت المادة ٥٤٥ من القانون المدنى القديم التى توجب على الدائن المرتهن أن يبذل فى سبيل استغلال العقار المرهون حسب ماهو قابل له ما يستطيع من مجهود ممكن ، لم تبين الأسباب التى اعتمدت عليها فى اعتبار الدائن مقصرا فى استغلال العين المرهونة مكتفية فى ذلك بايرادعبارة غامضة لاتكشف =

والمدين فى هذا السبيل يترك له الخيار . إما أن يطلب من القاضى وضع الشيء تحت يد حارس أمين يتولى إدارته (١) . أو يستند إلى القواعد العامة فى حالة تقصير أحد طرفى العقد فى تنفيذ التزامه . فيطالب بفسخ الرهن . فإن أجابه القاضى إلى طلبه . يدفع للدائن المبلغ المضمون بالرهن ولكن يخصم من هذا المبلغ . إن لم يكن سارياً عليه فوائد اتفاقية : قيمة الفائدة بسعرها القانونى عن المدة بين يوم هذا الوفاء السابق لأوانه ،ويوم إستحقاق أجل الدين كما كان متفقاً عليه من قبل (م ٢/١١٠٦) .

خصم الدين من غلة الاستثمار أو القيمة المقدرة للاستعمال : تتحدد مسئولية المرتهن كما تقدم على أساس بذل عناية الرجل المعتادفى ادارة المال . وعلى ضوء هذا المعيار يسأل عن الثمرات التى يغلها المال المرهون إذا استغل الاستغلال المألوف الذى يباشره الرجل العادى . فان قلت الغلة عن هذا القدر ، تنعقد مسئوليته ويحاسب عما أصاب الراهن من ضرر. وإن تجاوزته، يمتنع عليه الاستئثار بالزيادة ، لأنه لايجوز له الانتفاع بالشيء المرهون دون مقابل (م ١/١١٠٤) .

أما إذا كان الدائن يستعمل المال المرهون . كأن يكون منزلا فاستخدمه للسكنى ، فهنا يتعين أيضاً سؤاله عن أجر مثل هذا العقار ، ويستعان بأهل الخبرة فى هذا التقويم إن اقتضى الحال .

وأيا ماكان الأمر ، فسواء كان المال المرهون مستغلا ، أو مخصصاً

=عن أى معنى ، ثم ندبت خبيرا لاجراء عملية الاستهلاك ، لاعلى أساس ما استولى عليه الدائن المرتهن فعلا ، بل على أساس أجر المثل فإن حكمها يكون قاصرا قصورا يستوجب نقضه » انظر مجموعة القواعد القانونية التى أصدرتها المحكمة جـ ١ ص ٣٩٣ .

(١) هذه الصورة تتميز بأنها تؤدى إلى انتقال حيازة المال المرهون إلى شخص لم يتفق عليه المتعاقدان ، وإنما يعينه القاضى .

لاستعمال الدائن ، فان غلة الاستثمار ، أو القيمة النقدية للاستفادة من الاستعمال تخصم من المبلغ المضمون بالرهن ولو لم يكن قد حل أجله . وفى هذاالشأن يخرج المشرع عن القواعد العامة فى توافر شروط المقاصة القانونية ، فهو يوقعها بين دينين لم يستحق أداء أحدهما (راجع نص م ٣٦٢ من التقنين المدنى) .

ويراعى أن خصم المبلغ المضمون بالرهن من ثمرات الاستغلال يقتصرعلى ما حصل عليه الدائن المرتهن من صافى الريع . فلا يحتسب ما أنفقه الدائن من مصروفات فى سبيل الحصول على الغلة ، بل تستنزل فى بادىء الأمر ، قبل البدء فى إجراء الخصم .

هذا الحكم المتقدم يقتضى إلزام الدائن المرتهن بتقديم حساب مفصل ، يكفل للراهن الطمأنينة فى أن احتساب الخصم قائم على أساس سليم ، وأنالمبلغ المذكور فى خاتمة الحساب يعبر عن حقيقة صافى الريع .

وقد عنيت المادة ١١٠٤/٢ بوضع ترتيب ينظم كيفية هذا الخصم . وهى تمنح الأسبقية فى الخصم لقيمة ما أنفق فى المحافظة على الشيء من الهلاك أو التلف وفى إصلاحة (١) . وتأتى بعد ذلك فى مرتبة الخصم المصروفات التى أدخلها المشرع فى نطاق الأفضلية بنص المادة ١١١١ . ويقصد بها نفقات عقد الرهن وقيده عند الاقتضاء (إذا كان المرهون عقاراً) ، وكذلك أيضاً مصروفات تنفيذ الرهن كتلك التى أنفقت فى نقل حيازة الشيء . فإن تبقى من المستحق فى

---

(١) ينبغى فى هذا الشأن أن نراعى تعدد الضمانات الخاصة التى كفلها القانون لمن انفق على الشيء مصروفات حفظ وصيانة فهو يتمتع بنص القانون بحق امتياز إذا كان الشيء منقولا (م ١١٤٠) . ويحق له إذا كان الشيء فى حوزته أو إحرازه أن يحبسه تحت يده حتى يستوفى دينه تطبيقاً للقواعد العامة فى الحق فى الحبس (م ٢٤٦) . وتظهر أهمية هذه الضمانات فى حالة بطلان الرهن أو فسخه ، إذ يستطيع الدائن المرتهن أن يعتصم بهاء لاستيفاء مصروفات الحفظ والصيانة .

ذمة الدائن مبالغ أخرى ، تخصم من الفوائد الاتفاقية أو القانونية التى تسرى على أصل الدين .

أخيراً وبعد خصم المصروفات المتقدمة والفوائد ، يخصص الباقى لاستهلاك أصل الدين حتى ولو لم يكن قد أحل أجله .

حكم الاتفاق على تخصيص غلة المال المرهون مقابل الفوائد : عنى التقنين المدنى فى المادة ١١٠٥ بوضع تنظيم قانونى يحكم بعض اتفاقات جرى العمل عليها فى علاقة الراهن بالدائن المرتهن . وينبغى فى هذا السبيل التمييز بين الفروض التاليـة :

١ — قد يتفق الطرفان على أن يختص الدائن المرتهن بغلة الاستثمار كمقابل لما يستحق عن الدين المضمون من فوائد . مثل هذا الاتفاق إن أطلق تطبيقه ، يفضى إلى إهدار قواعد احتساب الخصم التى تقدم بيانها . ويقصر الغلة على إعفاء المدين من أداء فوائد . بل وقد يتضمن التحايل على القانون فى إخفاء فوائد ربوية تجاوز النطاق المشروع .

لهذه الاعتبارات المتعددة ، قدر المشرع احتساب الفوائد على أساس الحد الأقصى لما يسمح به القانون ، أى السعر الاتفاقى وهو ٧٪ .

فإذا تجاوزت قيمة الغلة ، مقدار الفوائد على أساس السعر المتقدم ، خضعت الزيادة للقواعد العامة فى احتساب الخصم . إذ لا يجوز أن يتخذ هذا الاتفاق ذريعة لإهدار حكم متعلق بالنظام العام ، وهو تحديد الحد الأقصى للفوائد المشروعة بسعر ٧ ٪ .

وتطبيقاً لما تقدم إذا كان المدين المضمون مقداره ألف جنيه ، وغلة المال المرهون مائة ، فإن الفوائد الاتفاقية يجب ألا تتجاوز مبلغ سبعين جنيها تخصم من الغلة . أما ما يتبقى بعد ذلك فيخصص لخصم ملحقات الدين الأخرى ، بالتفصيل الذى تقدم بيانه ، أو من أصل الدين إن لم يكن له ملحقات .

٢ ـ عالجت المادة ١١٠٥ / ٢ فرضاً ثانياً ، انتزع من التطبيقات العملية ، يتحقق بنقل حيازة المال المرهون إلى الدائن المرتهن ، دون أن يتفق على تحديد سعر الفائدة ، أو تعيين ميعاد لحلول الدين المضمون .

أما بالنسبة للفوائد فقد أتى المشرع بحل يكفل عدم تراكم الفوائد على المدين فقضى باحتساب الفوائد على أساس سعرها القانونى (٤٪ فى المسائل المدنية ، ٥٪ فى المسائل التجارية) ، وذلك بشرط ألا يتجاوز مقدارها قيمة غلة المال المرهون . وبعبارة أخرى لا يسأل المدين عن الفوائد محددة بالسعر القانونى ، إلا فى حدود صافى الريع الذى ينتج عن استثمار المال .

فإذا تبقى من الريع فائض بعد احتساب الفائدة ، يخصم من أصل الدين حتى يتم استهلاكه .

وقد خشى المشرع على مصلحة المدين ، من امتداد هذا الوضع إلى أجل غير مسمى ، فى حالة ما إذا كان استحقاق الدين غير محدد التاريخ . وهى صورة من الاتفاقات التى ترمى إلى استيفاء الدائن دينه من الغلة فقط أى من قيمة الثمار حتى ينقضى هذا الدين بالوفاء الكامل .

فى مثل هذا الاتفاق ، يمتنع على الدائن المطالبة بالوفاء بغير الطريقة المتفق عليها ، وهى استنزال الدين من صافى الريع بعد خصم الفوائد القانونية .

على أن القانون قد انتصر لمصلحة المدين ، فأجاز له أن يعجل بحسم الأمر ، وتخليص المال المرهون من الضمان الخاص الذى يثقله . وله فى هذا السبيل أن يلجأ إلى القاضى يسأله تعيين أجل الوفاء . والقاضى إذ يجيبه إلى طلبه يستند إلى نص المادة ٢٧٣ من التقنين المدنى التى تقضى بأنه إذا تبين من الالتزام أن المدين لا يقوم بوفائه إلا عند المقدرة أو الميسرة عين القاضى ميعاداً مناسباً

لحلول الأجل مراعياً فى ذلك موارد المدين الحالية والمستقبلة (١) .

أثر انقضاء الرهن على مدة الايجار ورد الثمار : قدمنا فى دراستنا السابقة أن الرهن يكسب الدائن المرتهن صفة الحائز القانونى . وهو بهذه المثابة ينتزع من المالك بعض سلطاته خلال فترة معينة ، تظل ممتدة ما بقى الدين المضمون مستحقاً فى ذمة المدين .

ويستطيع الدائن المرتهن ، بل يجب عليه وفقاً لما سبق بيانه ، أن يدير المال المرهون ويستغله ، ويستأثر بغلة الاستثمار فى استيفاء ماهو مستحق له من ملحقات الدين وأصله .

فإذا انقضى الدين لأى سبب من أسباب الانقضاء ، يقتضى ذلك زوال الرهن أيضا ، ويفقد بالتالى الدائن المرتهن الصفة القانونية فى الحيازة ، فيجب عليه رد المال المرهون إلى الراهن . وكذلك يكون الحال بصفة عامة إذا زال الرهن لأى سبب آخر .

وقد أثير التساؤل عن حكم الإيجار الصادر من الدائن المرتهن ، والذى تمتد مدته إلى ما بعد انتهاء الرهن ، وحكم الثمار التى يحصل عليها بعد هذا التاريخ أيضا . ولعل التكييف القانونى الذى قدمناه ، بالنظر إلى الدائن على أنه حائز قانونى لحق الرهن له أن يباشر سلطة الاستغلال والاستعمال شأنه شأن المنتفع ، يعين على بيان الحلول التى يمكن الأخذ بها ، وذلك على النحو الآتى :

---

(١) تأثر المشرع فى إيراد هذا الحكم بفرض يندر وقوعه فى بيئتنا الحاضرة . فهو من مخلفات نظام عتيق يسمى برهن الغاروقة كان يرد على نوع من الأراضى تسمى بالخراجية أصبحت فى ذمة التاريخ ، ويتشابه الفرض الذى يعالجه المشرع مع رهن الغاروقة ، فى أن الدائن يقتصر حقه على استيفاء الدين من الغلة ، دون أن يحق له بيع العقار لاستيفاء الدين بأكمله . أما فيما عدا ذلك فلا وجه للتقارب بينهما .

١ — الإيجار الممتد بعد انتهاء الرهن : مما لا شك فيه أن الإيجار الصادر من الدائن المرتهن للمال المرهون ، خلال قيام الرهن ، هو تصرف قانونى صادر عن ذى ولاية لإجرائه . بل هو تصرف يدخل فى صميم مضمون حق الدائن ، الذى يخول له بمقتضى عقد الرهن سلطة الاستغلال . وهى سلطة يباشرها كما فصلنا من قبل بصفته أصيلا عن نفسه لا نائباً عن الراهن . ومادامت الحيازة القانونية للدائن ، فهو يستطيع تمكين المستأجر من الانتفاع بالعين المؤجرة . ولا يجوز للمالك استردادها من المستأجر ، وإلا كان ذلك تعرضاً للدائن المرتهن فى حيازته القانونية ، وهو ماتحرمه بنص صريح المادة ١١٠١ بقولها أنه « ليس للراهن أن يأتى عملا يحول دون استعمال الدائن لحقوقه المستمدة من عقد الرهن » .

فإذا انقضى الرهن ولم تكن مدة الإيجار قد انتهت بعد ، فهنا يظل الإيجار نافذاً فى مواجهة المالك (وهو الراهن) . ولكن يتقيد هذا النفاذ من حيث الزمان ، فيقتصر فقط على مايكمل مدة ثلاث سنوات ، وذلك تطبيقاً لنص المادة ٥٥٩ التى تنص على ما يأتى « لا يجوز لمن لا يملك إلا حق الإدارة أن يعقد إيجاراً تزيد مدته على ثلاث سنوات إلا بترخيص من السلطة المختصة ، فإذا عقد الإيجار لمدة أطول من ذلك انقضت المدة إلى ثلاث سنوات ، كل هذا ما لم يوجد نص يقضى بغيره » .

وفى تقديرنا أن هذا النص يصدق حكمه على الدائن المرتهن ، باعتبار أنه حائز قانونى يملك حق الإدارة ، وذلك بالتفصيل الذى قدمناه ، بصريح نص المادة ١١٠٦ التى تقضى بأنه يتولى إدارة الشىء المرهون (١) .

ولو كانت نية المشرع قد انصرفت بالنسبة للدائن المرتهن إلى الخروج عن الحكم العام الوارد فى المادة ٥٥٩ ، لأورد نصاً خاصاً يحكم الإيجار الذى يعقده

(١) راجع فى هذا المعنى منصور مصطفى منصور « عقد البيع والايجار الاسكندرية ١٩٥٧ » ص ٤٢٢ وما بعدها .

وذلك كما فعل فى حالة المنتفع الذى قضى بشأن الايجار الصادر منه أنه ينقضى بانقضاء حق الانتفاع (المادة ٥٦٠ عن التقنين المدنى) .

٢ ـ الثمار التالية لانقضاء الرهن : لا يثور الشك فى أن الدائن المرتهن يستأثر بالثمار التى يغلها المال المرهون ، ما بقى الرهن قائماً . وتخصم هذه الغلة من ملحقات الدين وأصله كما سبق البيان .

فإذا انقضى الرهن ، فقد الدائن الصفة القانونية فى الحيازة ، وبالتالى يصبح غير ذى صفة فى قبض الثمار ، ويلتزم بردها إلى المالك ، سواء كانت مادية كالمزروعات أو مدنية كالأجرة .

ويعتبر الدائن منذ انقضاء الرهن ، وزوال صفته القانونية فى استغلال المال المرهون ، بمثابة حائز سيىء النية . وعلى هذا النحو يعتبر مسئولا عن جميع الثمار التى يقبضها ، أو يقصر فى قبضها قبل رد المال المرهون ، ولكن له بمقتضى نص المادة ٩٧٩ أن يسترد من المالك ما أنفقه فى إنتاج هذه الثمار .

والثمار بطبيعتها دورية متجددة ، ولذا يعتبر الريع من حيث التزام الغير به (كالمستأجر مثلا) ديناً دورياً متجدداً يخضع فى انقضائه لأحكام التقادم الخمسى .

ولكن التزام الحائز سيىء النية برد الريع ، لا يستجيب إلى هذه الطبيعة ، بل يلتزم برد متجمد ما قبضه أو ما قصر فى قبضه على أساس أنه ارتكب عملا غير مشروع وبذلك لا يسقط التزام الحائز إلا بالتقادم الطويل (م ٢/٣٧٥) .

تطبيقاً للحكم المتقدم لا يسقط التزام الدائن المرتهن برد الريع المستحق فى ذمته بعد زوال الرهن ، إلا بانقضاء خمس عشرة سنة (١) .

---

(١) قضت محكمة النقض فى ١٧ فبراير سنة ١٩٣٨ بأن المطالبة باستهلاك الدين وملحقاته بسبب استغلال الدائن الأرض المرهونة له تتضمن فى حقيقة الأمر المطالبة بريع هذه الأرض عن مدة الرهن كلها واجراء المقاصة بين هذا الريع وبين الدين المضمون وتوابعه . ويعتبر المرتهن الذى يظل حائزا الشىء المرهون بعد استهلاك الدين بمثابة الغاصب . والتزام الغاصب برد مايجنيه من=

ولا تبدأ مدة سريان التقادم إلا من الوقت الذى يصبح فيه حق مالك الشىء المرهون مستحق الأداء ، ولا يتحقق ذلك إلا بتقديم حساب ، يبين فيه الدائن المرتهن ما أنفقه فى إنتاج الثمرات ، وما تبقى فى ذمته من صافى الريع .

١٩١ — التزام الدائن برد المال المرهون :

هذا هو الالتزام الأخير الذى يقع على عاتق الدائن المرتهن . وقد جاء حكمه فى المادة ١١٠٧ التى نصت على ما يأتى « يرد الدائن الشىء المرهون إلى الراهن بعد أن يستوفى كامل حقه ، وما يتصل بالحق من ملحقات ومصروفات وتعويضات » .

يتناول هذا النص تحديد الزمن المألوف لتنفيذ التزام الدائن المرتهن برد المال المرهون ، وذلك إذا ما استوفى المبالغ المضمونة بالرهن كلها . ولا يحق للمدين كقاعدة عامة أن يطالب بالرد قبل هذا التاريخ ، تطبيقاً لمبدأ عدم تجزئة الرهن . فكل جزء من المال المرهون ، يضمن الوفاء بكل الدين ، وكل جزء من الدين يضمنه المال المرهون كله . وعلى هذا النحو لا يكفى الوفاء الجزئى لتمكين المدين من استرداد جزء معادل لها من المال المرهون ، حتى ولو كان قابلا للتجزئة .

والدائن لا يلتزم بالرد إلا إذا استوفى حقه كاملا ، أى أصل الدين ومايتصل به من ملحقات نص القانون على أن الرهن يضمنها (م ١١١١) (١).

على أن هذا التحديد الزمنى للالتزام بالرد لا يلقى تطبيقاً مطلقاً ، بل يرد عليه قيدان . يتناول الأول صورة يلتزم فيها الدائن برد المال قبل الأوان ، ويعالج الثانى صورة أخرى يتراخى فيها تنفيذ هذا الالتزام ، فيحق للدائن الإبقاء على

= غلة العين المغتصبة لا يعتبر من قبيل الأجرة ، ولكنه فى حكم التعويض المستحق لمالك العين عن حرمانه منها ، ولذلك لا يسقط إلا بمضى خمس عشرة سنة . راجع المحاماة السنة ١٨ ص ٨٤٩ ؛ مجموعة القواعد القانونية التى أصدرتها المحكمة ج ١ ص ٢٩٠ ، ٣٩٣ .

(١) راجع ما سيلى فى دراسة نطاق الأفضلية .

المال المرهون تطبيقاً للقواعد العامة فى الحق فى الحبس :

١ — تتحقق الصورة الأولى إذا أساء الدائن المرتهن إدارة المال المرهون . فقد بينا بسبيل دراسة مسئوليته عن الإدارة أن المشرع أجاز للراهن (م١١٠٦) أن يستعين بالقاضى للمطالبة برد المال المرهون ، مع وفاء الدين وخصم الفوائد بسعرها القانونى ، إن لم يكن له سعر اتفاقى ، عن الفترة التى تقع بين هذا الوفاء السابق لأوانه وبين الأجل المتفق عليه أصلا لسداد الدين .

وقد سبق لنا البيان أن الدائن المرتهن يخضع فى إدارة المال ، لمعيار الرجل المعتاد فى بذل العناية . ويمتنع عليه الانفراد بتغيير طريقة استغلال المال المرهون دون رضاء الراهن ، وإذا جد من الأمور مايستدعى تدخل الراهن ، وجب عليه إخطاره .

وظاهر من الصورة المتقدمة أنها تطبيق للقواعد العامة فى فسخ التعاقد ، إذا قصر أحد طرفيه فى تنفيذ أحد الالتزامات الملقاة على عاتقه .

٢ — تتوافر الصورة الثانية ، إذا كان الدائن المرتهن قد أنفق على المال مصروفات نافعة . فهنا يحق له أن يمتنع عن رد هذا المال ، حتى بعد استيفاء الدين وما يتصل به من ملحقات مضمونة بالرهن .

يستفاد صراحة من نص المادة ١١١١ ، كما سنبين فى دراسة نطاق الأفضلية أن المبالغ المضمونة بالرهن لاتدخل فيها المصروفات التى تنفق لتحقيق منفعة للشيء . بل يقتصر نطاق الأفضلية على المصروفات التى أنفقت للمحافظة على الشيء ، وتلك التى أنفقت فى إبرام العقد ، وإجراء القيد إن كان المرهون عقاراً . وكذلك تضاف إليها مصروفات تنفيذ الرهن . كل هذه المبالغ يستوفيها الدائن مع أصل الدين حسب مرتبة الأفضلية التى يتمتع بها الدائن .

على أن المصروفات النافعة إن كان المشرع لم يدخلها فى نطاق الأفضلية بصدد الرهن الحيازى ، فالدائن المرتهن يستطيع بشأنها أن يستعين بنظام قانونى آخر ،

وضع المشرع أحكامه فى القواعد العامة للالتزامات. ونعنى به الحق فى الحبس، الذى عالجته المادة ٢٤٦ بقولها « لكل من التزم بأداء شىء أن يمتنع عن الوفاء به مادام الدائن لم يعرض الوفاء بالتزام مترتب عليه بسبب التزام المدين ومرتبط به، أو مادام الدائن لم يقم بتقديم تأمين كاف للوفاء بالتزامه هذا — ويكون ذلك بوجه خاص لحائز الشىء أو محرزه، إذا هو أنفق عليه مصروفات ضرورية أو نافعة فإن له أن يمتنع عن رد هذا الشىء حتى يستوفى ماهو مستحق له، إلا أن يكون الالتزام بالرد ناشئاً عن فعل غير مشروع » .

غنى عن البيان أن هذا الحكم يصدق على الدائن المرتهن باعتبار أنه حائز للشىء المرهون، فاذا أنفق عليه مصروفات نافعة جاز له الامتناع عن رده حتى يستوفى المبالغ التى أنفقها .

على أنه يراعى بشأن هذا الضمان، أن الدائن المرتهن يقتصر حقه فقط على الامتناع عن رد الشىء، ولكن لا يثبت له حق امتياز فى استيفاء ما أنفقه من مصروفات نافعة، إذا بيع هذا الشىء بيعاً جبرياً . وذلك أن الحبس المترتب على القواعد العامة لا يخول للدائن الحابس أن يتمتع بامتياز على المال المحبوس (م ٢/٢٤٧) .

بل يتمثل حق الدائن فى امتناع، يترتب عليه حرمان الراهن من الحصول على مال مملوك له، وهو بهذه المثابة يعتبر أداة قانونية فعالة تهدف إلى الضغط على إرادة الراهن لحمله على أداء ما هو مستحق عليه من مصروفات .

بل ويجوز للدائن المرتهن أن يتمسك فى مواجهة الغير بهذا الحبس، فيكتسب على هذا النحو أفضلية واقعية تكفل له استيفاء حقه فى المصروفات التى لا يضمنها الرهن(١) .

---

(١) راجع اسماعيل غانم احكام الالتزام ص ٢٧٧ وما بعدها جوسران ج ٢ فقرة ١٤٢٩، بودان وفوران ج ١٣ فقرة ٢١٥ ويتجه الفقه السائد إلى أن الحق فى الحبس ضمان لاستيفاء =

ومما تنبغي الإشارة إليه أن امتناع الدائن المرتهن عن الرد ، لا يستند فيه إلى حيازته القانونية التي كان يستمدها من حق للرهن ، فهذه الصفة تزول عنه بانقضاء الرهن ، ولكنه يستعين إلى حكم القواعد العامة في تمكين من يوجد الشيء تحت يده بطريقة مشروعة ، أن يدفع أي مطالبة برده طالما أنه دائن بمصروفات نافعة أو ضرورية ، استحقت له بمناسبة وجود شيء لديه .

أما المصروفات الضرورية فلا يعرض تطبيقها في غالب الأمر ، باعتبار أن حق الرهن يكفل استيفاءها . وتبقى إذن المصروفات النافعة ، وهي التي تخول للدائن المرتهن أن يتراخى في تنفيذ التزامه بالرد حتى يستوفيها .

ولكن يراعى بشأن المصرفات الضروية ، أن الرهن قد ينقضي دون أن يتمكن الدائن المرتهن من استيفائها . يعرض ذلك مثلا إذا كان المرهون عقاراً وأجرى بيعه بالمزاد ، واشترك عدة دائنين في توزيع الثمن ، فلم يدرك الدائن المرتهن شيئاً منه . في هذه الصورة يتطهر العقار من كافة الحقوق العينية التبعية التي تثقله تطبيقاً لنص المادة ٦٩٠ من تقنين المرافعات .

ومع ذلك يبقى حق الدائن المرتهن قائما في الامتناع عن التسليم ، ضمانا لاستيفاء ما أنفق من مصرفات ضرورية ونافعة . وهو حبس يستفاد من القواعد العامة ، ويقتصر على سلطة سلبية في مظهر التعبير عنها ، ولكنها فعالة في آثارها ، ففي الغالب من الأمر تفضي إلى تمكين الحابس من الحصول على حقه . ويقوم بذلك عادة مالك الشيء أو من له مصلحة في عودة الشيء إلى حيازة المالك.

الوسيلة القانونية للمطالبة برد المال المرهون : اتضح لنا مما تقدم أن الدائن يلتزم برد المال المرهون ، مع مراعاة القيود التي بيناها من حيث تحديد النطاق

= مصروفات انفقت على الشيء يسرى في مواجهة الكافة ، فهو يحتج به حق على كل من كسب حقا عينيا على الشيء المحبوس أيا ما كان تاريخ اكتساب هذا الحق ، وذلك باعتبار أن انفـاق المصروفات قد أفاد الشيء أو أبقى عليه وبالتالي أفاد كل من يدعى عليه حقا .

الزمنى لتنفيذ هذا الالتزام .

يستطيع الدائن فى سبيل المطالبة بالرد ، أن يستخدم أداةشخصية يستمدها من عقد الرهن ، أو يستعين بأداة عينية يزود بها لحماية حقه كمالك .

ويلاحظ أن الوسيلة الأولى ، وهى الدعوى الشخصية ، قد يخفق الدائن فى تحقيق الغاية منها ، إذ أنها تخضع لأحكام التقادم المسقط . وعلى هذا النحو إذا مضت خمس عشرة سنةعلى انقضاء الرهن ، يسقط حق الراهن فى أن يطالب برد المال المرهون تأسيساً على الدعوى الشخصية المستمدة من العقد .

أما الوسيلة العينية ، فهى من مستلزمات حق المالك ، التى لا تزول عنه مهما طال الزمن. فحق الشخص فى استرداد ملكه لا يسقط بالتقادم .

بل ويراعى هنا أيضاً أن حيازة الدائن المرتهن بالنسبة لحق الملكية . تعتبر حيازة عرضية . وهى بهذه المثابة غير مؤدية لاكتساب الملكية . بل ولا يكفى لواضع اليد أن ينفرد بتغيير سند حيازته ، بمجرد انصراف نيته إلى ذلك . وإنمايجب للاعتداد بهذا التغيير ، وبالتالى اعتباره سنداً صالحاً لاكتساب الملكية ، القيام بعمل إيجابى يتضمن معنى المنازعة فى حق المالك (م ٩٧٢) . من ذلك مثلا أن يتخذ الدائن إجراءات قضائية ، أو يباشر أعمالا ، بقصد الاستئثار بالملكية .

المبحث الثانى

السلطات التى يخولها الرهن فى مواجهة الغير

١٩٢ — تعدد السلطات - أساسها الحق العينى التبعى ، وتوافر الحيازة للدائن المرتهن :

إذا ما اكتسب الدائن المرتهن حقا عينيا تبعيا على المال المرهون ، واستكمل شروط العلانية للاحتجاج بهذا الحق فى مواجهة الغير ، تتوافر له سلطات متعددة تكفل له استيفاء دينه المضمون بالرهن .

على أن هذه السلطات تتفاوت فى مدى قدرتها على تحقيق الهدف من هذا الضمان الخاص . وقد تصطدم فى مباشرتها ، بأحكام أخرى تهدر من آثارها .

ويمكن القول إن الرهن الحيازى يجيز للدائن أن يستوفى دينه من المقابل النقدى للمال المرهون ، وأن يحبسه تحت يده لحين استيفاء دينه ، وأن يتبعه تحت يد الغير .

وسنعنى فيما يلى بدراسة سلطات الأفضلية ، والتتبع ، وهى المضمون التقليدى للحقوق العينية التبعية . واخيراً نعالج حق الدائن فى حبس المال المرهون ، وهى سلطة يتميز بها الرهن الحيازى ، بين النظم القانونية للتأمينات العينية .

المطلب الأول

الأفضلية

١٩٣ — الأفضلية سلطة أساسية فى مضمون الحقوق العينية التبعية :

تقضى المادة ١٠٨٦ من التقنين المدنى بأن للدائن المرتهن رهن حيازة أن يتقدم الدائنين العاديين والدائنين التالين له فى المرتبة فى اقتضاء حقه من ثمن المال المرهون .

تضع المادة حكما ؛ يتضمن سلطة أساسية تلازم الحقوق العينية التبعية ، ومردها إلى أن الدائن المرتهن يتعلق حقه بالكيان الاقتصادى للمال المرهون ، فيستطيع على هذا النحو اقصاء مزاحمة أي دائن عادى ، أو أى دائن مزود بتأمين خاص ولكنه يحتل مرتبة متأخرة .

وقد استخدم المشرع الصياغة التقليدية لسلطة الأفضلية ، فاكتفى بأن الدائن له استيفاء حقه من ثمن المال المرهون . وهو يستجيب فى ذلك إلى الصورة المألوفة لتحويل هذا المال الى قيمة نقدية . ولكننا آثرنا من قبل أن نطلق هذه الصياغة فلا نقصرها على الثمن ، بل نجعلها شاملة لكل مقابل نقدى يستحق عن المال المرهون ، وهو ماسنعنى ببيانه فى بحث وعاء الأفضلية

١٩٤ - الطريقة العادية لمباشرة الأفضلية و الحصول على ثمن المال المرهون :

الأصل أن الدائن المرتهن يتعين عليه متى أراد التنفيذ على المال المرهون ، أن يطلب بيعه وفقا للاجراءات المتبعة فى قانون المرافعات .

ويراعى فى ذلك حكم المادة ٤٨٩ الذى سبقت الاشارة اليه ، وهو أنه لا يجوز للدائن أن يتخذ إجراءات التنفيذ على مال للمدين لم يخصص لوفاء حقه إلا إذا كان ما خصص للوفاء غير كاف . و حينئذ يكون التنفيذ على غير المال المخصص بأمر على عريضة من قاضى الأمور الوقتية (١)

وجدير بالذكر أيضا أن الكفيل العينى يخضع فى التنفيذ على المال الذى قدمه ضمانا للوفاء بدين الغير ، الى حكم المادة ١٠٥٠ التى جاءت فى باب الرهن الرسمى . وقد أحال المشرع اليها بصدد الرهن الحيازى فى المادة ١١١٨ .

---

(١) راجع ما تقدم فقرة ٢٣ ، فقرة ٨٤ ومابعدها .

ومفادى هذا الحكم أن الكفيل العينى تتركز مسئوليته فى حدود القيمة الاقتصادية للمال المرهون . فاذا شرع الدائن فى التنفيذ عليه . فلايحق للكفيل العينى أن يرده عن ذلك بحجة وجوب التنفيذ على أموال المدين أولا ، لأن الدفع بالتجريد محظور عليه (١) .

١٩٥ — بطلان شرط البيع بلا اجراءات ، وتملك المال المرهون عند عدم الوفاء — أحكام خاصة بالمنقول :

نصت المادة ١١١٨ على أنه يسرى على الرهن الحيازى أحكام المادة ١٠٥٢ المتعلقة بشرط التملك عند عدم الوفاء وشرط البيع بلا اجراءات (٢).

هذه الاحالة لاتصدق على اطلاقها ، وإنما تتقيد بأحكام خاصة وردت فى رهن المنقولات .

بيع المنقول تحت رقابة القضاء : قضت المادة ١١٢١ فى فقرتها الاولى أنه يجوز للدائن المرتهن إذا لم يستوف حقه أن يطلب من القاضى الترخيص له فى بيع الشىء المرهون بالمزاد العلنى أو بسعره فى البورصة أو السوق .

راعى المشرع فى تقرير هذا الحكم ، أن ثمت أحوال لايلزم فيها إخضاع الدائن المرتهن لاجراءات البيع الجبرى للمنقولات ، بما قد تنطوى عليه من نفقة وما تفضى اليه من تأخير . بل ويلاحظ أيضا أن إجراءات بيع المنقول بالطريقة الجبرية تهدف بصفة خاصة إلى تمكين القاضى من فرض رقابته عليها بتعيين حارس يسأل عنها ، ويدفع خطر عبث المدين بها . ويبدو أن هذا الهدف يتخلف حيث تخضع المنقولات لسيطرة الدائن بحيازته لها .

---

(١) راجع ماتقدم ص ٢٧٠ .

(٢) راجع ما تقدم فقرة ٨٧ ، ٨٨ .

ولكن روعى من ناحية أخرى ألا تترك الحرية مطلقة للدائن فى تخير ما يروق له من إجراءات لبيـــع المنقول المرهون ، فألزمه المشرع باستئذان القضاء ، وأوجب عندئذ إيقاع البيع بطرق مأمونة ، تؤدى إلى الحصول على أنسب الأثمان . ومن هنا جاء حكم م ١١٢١/١ محققاً لمصلحة الراهن والدائن . فهو يؤمن الراهن بوجوب الحصول على إذن من القاضى ، وبيع المنقول بالمزاد العلنى ، أو بسعر التقويم الرسمى فى البورصة ، إن كان من المنقولات الخاضعة لهذا التنظيم ، أو بثمن المثـــل فى السوق . وهو يضمن أيضاً مصلحة الدائن حيث يعفيه من ترسم خطى قانون المرافعات فى إجراء البيع الجبرى للمنقول .

بل وقد استجاب التقنين المدنى الجديد إلى طبيعة الأموال المنقولة ، فقدر ما تتصف به من حساسية ، تجعلها خاضعة لتقلبـــات طارئة ومستمرة فى الأسعار ، وعرضة فى بعض الأحيان للهلاك أو التلف . ومن هنا أيضـا جاءت الأحكام الخاصة التى ألقى بها فى المادتين ١١١٩ و ١١٢٠ .

١ — استجاب المشرع لخضوع المنقولات إلى تغيير طارىء فى أسعارها ، يرتد إلى عوامل اقتصادية مختلفة كالعرض أو الطلب أو تدخـل الدولة فى منع استيرادها أو تصديرها . وحرص على تمكين المدين من الحصول على أنسب الأثمان لاستهلاك دينه ، فأجاز للراهن إذا عرضت فرصة لبيع الشىء المرهون وكان البيع صفقة رابحة ، أن يطلب من القاضى الترخيص فى بيع هذا الشىء ولو كان ذلك قبل حلول أجل الدين. ويحدد القاضى عند الترخيص شروط البيع ويفصل فى أمر إيداع الثمن (م ١٢٠) .

يظهر من الحكم المتقدم أن بيع المنقول قد يتم بناء على إذن القاضى وتحت رقابته وهو الذى ينفرد ببيان الطريقة التى تتبع لإتمام البيع ، دون أن يتقيد بإجراءات قانون المرافعات . بل وله أن يجيب الراهن إلى طلبـه حتى ولو تقدم به قبل استحقاق الدين ، وليس فى ذلك إهدار لمصلحة الدائن ما دام الثمن لاتصل إليه يد الراهن ، بل يودع فى خزانة المحكمة .

٢ – قدر المشرع أيضاً تعرض المنقولات لخطر الهلاك أو التلف ، أو نقص قيمتها على نحو يخل بالضمان المقرر للدائن. فأجاز له وللراهن ، السعى إلى القاضى للترخيص فى بيع المنقول المرهون . والقاضى إذ يمنح الإذن ، يحيط البيع أيضاً بما يكفل الحصول على الثمن المناسب، فيجريه بالمزاد العلنى أو على أساس سعر التقويم بالبورصة أو ثمن المثل فى الأسواق (م ١١١٩).

يودع الثمن فى خزانة المحكمة فى هذه الصورة أيضاً ، ويتعلق به حق الدائن المرتهن فيباشر عليه الأفضلية وفق المرتبة التى يخولها حق الرهن .

على أن للراهن إذا رأى مصلحة فى عدم إيقاع البيع على النحو المتقدم ، أن يطالب باسترداد المنقول المرهون ، مع تقديم شىء آخر يقوم بدله فى ضمان حق الدائن .

يتضح مما تقدم أن الطبيعة الخاصة للمنقولات اقتضت الخروج عن القواعد العامة فى شرط البيع بلا إجراءات . فأجيز للقاضى إيقاع البيع بالطريقة التى بينها المشرع فى المواد ١١١٩ وما بعدها، وبل ويصح ذلك حتى قبل استحقاق أجل الوفاء بالدين .

تملك المال المرهون عند عدم الوفاء : قدمنا أن هذا الشرط يقع باطلا سواء تعلق الأمر برهن رسمى أو حيازى . هذا الحكم يصدق على إطلاقه بالنسبة للعقارات فى الحدود التى سبق بيانها . وفى هذا الصدد أشرنا إلى أن حكمة التحريم تنتفى فى نظر القانون المصرى ، إذا تم الاتفاق على التمليك بعد حلول أجل الوفاء بالدين .

وينفرد رهن المنقولات بحكم خاص ، فيجوز أن يتملك الدائن المنقول المرهون حتى ولو لم يحصل على رضاء الراهن . ويقع ذلك إذا لجأ إلى القاضى يستأذنه فى تملك الشىء الذى يضمن الوفاء بدينه . ويصدر الإذن بأمر من القاضى ، يصحبه تقويم نقدى للمنقول يقدر بالاستعانة بأهل الخبرة .

فإذا كان ثمن التقويم يجاوز قدر الدين المضمون عادت الزيادة إلى الراهن ،

وإن كان يقل عن الدين ، ظل المدين ملزماً بأداء ما تبقى من الدين .

أخيراً يراعى أن كل هذه الأحكام المتقدمة تسرى بالقدر الذى لاتتعارض فيه مع أحكام القوانين التجارية ، والأحكام الخاصة ببيوت التسليف المرخص لها فى الرهن ، وأحكام القوانين واللوائح المتعلقة بأحوال خاصة فى رهن المنقول — م ١١٢٢ مدنى — . (١)

١٩٦ - التحايل على أحكام القانون بإخفاء الرهن الحيازى فى صورة بيع وفائى - بطلان هذا البيع فى التقنين الجديد :

نصت المادة ٤٦٥ من التقنين المدنى على أنه اذا احتفظ البائع عند البيع بحق استرداد المبيع خلال فترة معينة وقع البيع باطلا .

تشير هذه المادة إلى أداة قانونية شاع استعمالها فى مصر فى ظل القانون القديم وكان يقصد بها بصفة خاصة التحايل على كثير من الأحكام القانونية الآمرة .

---

(١) قد توجد فى قوانين خاصة أحكام اخرى تبين كيفية بيع المنقولات المرهونة . وهى واجبة الاتباع فى خصوص ماوردت بشأنه . على هذا النحو تسرى أحكام القانون التجارى (المواد ٧٦ إلى ٨٠) على الرهن التجارى . كما خضع الرهن الذى تعقده بيوت التسليف على رهونات لأحكام الأمر العالى الصادر فى ٢٣ مارس سنة ١٩٠١ بشأن البيوت المالية المشتغلة بتسليف النقود على رهونات . وخضع رهن المحصولات لبنك التسليف الزراعى للقانون رقم ٤٦ لسنة ١٩٣٢ الخاص ببيع المحصولات المرتهنة للقروض التى يسلفها بنك التسليف ، وقد أجازت نصوصه بيع المحصولات المرهونة بالمزاد العلنى أو بأى طريقة أخرى يراها البنك ، وذلك بعد اعلان المدين بخطاب موصى عليه . وخضع رهن المحل التجارى لأحكام القانون رقم ١١ لسنة ١٩٤٠ الخاص ببيع المحال التجارية ورهنها . وبصفة عامة يفلت من أحكام القانون المدنى رهن المنقولات الذى تنظمه قوانين خاصة فى خصوص ما وردت بشأنه .

قوام هذه الاداة أن ينتحل الراهن صفة البائع للمال المرهون ، وأن يظهر الدائن المرتهن بمظهر المشترى ؛ ويخفى الدين المضمون فى صورة الثمن . و يفضى تطبيقها إلى تمكين البائع المزعوم خلال فترة معينة من استرداد المبيع . و تتحدد هذه الفترة على نحو يطابق أجل استحقاق الوفاء بالدين . فإن قام المدين بسداده ، جاز له استرداد المال المبيع ، و هو فى الواقع المال المرهون .

أما إذا لم يقم المدين بسداد الدين ، فهنا تستقر الملكية للمشترى . وكأننا فى الواقع بصدد رهن حيازى اقترن بشرط تمليك الدائن للمال المرهون عند عدم الوفاء .

بل ظهر خطر هذه الأداة أيضاً فى استخدامها للتستر على فوائد ربوية تجاوز القدر المشروع . وقد تنبه المشرع منذ زمن بعيد للمخاطر التى يتعرض لها المدين إذا ما تركت له الحرية فى الحصول على ائتمان من دائن مستغل ، يتستر بالبيع الوفائى لتملك المال المرهون والحصول على فوائد غير مشروعة .

وقد صدر تعديل للقانون القديم سنة ١٩٢٣ ، يقرر صحة البيع الوفائى إذا قصد لذاته ، وبطلانه إذا كان يخفى رهناً حيازيا على عقار . واستقر القضاء على أن بقاء العين فى حيازة البائع وفاء يصلح لأن يكون دليلا على أن نية العاقدين لم تنصرف إلى معنى البيع ، بل انصرفت إلى معنى الرهن وإخفائه فى صورة البيع . وتقدير هذه القرينة مسألة تقديرية لا معقب فيها على محكمة الموضوع إذا ما اطمأنت إليها (١) .

استجاب مشروع القانون المدنى الجديد للحكم المتقدم . فلما أدرك مرحلة الاعداد النهائية ، تصدت لجنة مجلس الشيوخ لوجوب إلغاء بيع الوفاء بصفة

---

(١) نقض مدنى ٢٣ نوفمبر ١٩٥٠ مجموعة أحكام النقض سنة ٢ عدد ١ رقم ١٨ ص ٩٣ .

عامة ، وانتهى الأمر بصدور التقنين متضمنا المادة ٤٦٥ التى تقضى ببطلانه سواء قصد لذاته أو كان يخفى رهنا حيازيا .

وعلى هذا النحو قطع التقنين المدنى السبيل على كل دائن فى استغلال حاجة المدين بالتستر وراء بيع مزعوم ، وإقراضه بفوائد ربوية ، أو تمكينه من تملك المال المبيع مقابل دين زهيد لا يتناسب مع الثمن الحقيقى لهذا المال . ويصدق هذا الحكم أيا ما كانت طبيعة المال ، فهو ينطبق على المنقول والعقار .

١٩٧ - وعاء الافضلية :

يتحدد وعاء الأفضلية كما سبق البيان فى دراسة الرهن الرسمى (١) ، بأن حق الدائن المرتهن يتعلق بالمقابل النقدى للمال المرهون ، وما يتصل به من ملحقات .

ونشير فى هذا الصدد إلى حكم سبق تفصيله ، وهو أنه اذا هلك المال المرهون أو تلف لأى سبب ينتقل الرهن بمرتبته إلى الحق الذى يترتب على ذلك كالتعويض أو مبلغ التأمين أو الثمن الذى يقرر مقابل نزع ملكية العقار للمنفعة العامة . وقد حرص المشرع فى تنظيم الرهن الحيازى على أن يخضعه للحكم المتقدم ، بطريق الاحالة إلى ما قرره بشأن الرهن الرسمى (أنظر المواد ١١٠٨ ، ١٠٤٩) .

هكذا حسم التقنين المدنى الجديد خلافا طويلا فى الفقه والقضاء ، حول تحديد وعاء الافضلية . وقد أشرنا من قبل أن الصياغة الضيقة لحق الافضلية هى التى أفضت إلى هذا الخلاف . فالواقع أن حق الدائن لا يتعلق بثمن المال المرهون فقط ، بل يمتد إلى كل ترجمة نقدية له . ومرد ذلك أن الحق العينى التبعى يصيب المال فى كيانه الاقتصادى ، فيخول للدائن استيفاء دينه من كل مقابل

---

(١) راجع فقرة ٨٧ وما بعدها .

نقدى(١) .

تطبيقاً لما تقدم إذا كان المال المرهون من المنقولات مثلا ، و احترقت هذه المنقولات فاستحق للراهن عوض تأمين أو مبلغ تعويض ، جاز للدائن المرتهن أن يباشر الأفضلية على هذا المقابل النقدى ، و يستعين فى الاستفادة منه بالأحكام التى قدمناها أيضاً فى دراسة الرهن الرسمى(٢) .

١٩٨ — نطاق الأفضلية :

يتحدد نطاق الافضلية على ضوء ماجاء فى نص المادة ١١١١ ، ويستفاد منها أن الرهن لايضمن فقط الوفاء بأصل الدين ، بل يتناول أيضاً المبالغ الآتية :

١ — المصروفات الضرورية التى أنفقت للمحافظة على الشىء : وقد سبق لنا الاشارة إلى أن هذه المصروفات قد أولاها المشرع عناية خاصة ، فأحاط حق الدائن بضمانات متعددة لاستيفائها . فهى من الديون الممتازة إذا كان المال منقولا . وفى هذا الشأن تقرر مادة ١١٤٠ حق امتياز لمن أنفق على المنقول مصروفات حفظ وصيانة . وهى أيضاً خاضعة للقواعد العامة فى الحق فى الحبس (م٢٤٦) الذى يجيز لحائز الشىء أو محرزه أن يمتنع عن رده حتى يستوفى ما أنفق عليه من مصروفات . هذا الضمان تستوى فيه المصروفات الضرورية و النافعة .

ولكن يلاحظ أن المصروفات النافعة لم يؤثرها المشرع بضمان خاص يكفل الأفضلية فى استيفائها من المقابل النقدى للمال المرهون ، بل يقنـــع الدائن بشأنها ، إذا لم يستوفيها ، أن يحبس الشىء تحت يده حتى يحصل على دينه (٣).

٢ — التعويضـات الناشئة عن الأضرار الناشئة عن عيوب الشىء . كأن

---

(١) راجع فى تأصيل هذا الحكم فقرة ٩٣ وما بعدها .

(٢) أنظر فى طريقة الاستفادة من المقابل النقدى فقرة ٩٥ .

(٣) راجع ماتقدم فى دراسة التزام الدائن المرتهن برد المال المرهون فقرة ١٩١ .

تكون الأموال المرهونة ، بعض دواب مريضة تسربت منها العدوى إلى ما يملكه الدائن فأصيب بأضرار ، أو أن يكون المرهون عقاراً قام فيه عيب خفي ، فألحق بالدائن الضرر وهو بسبيل استغلاله ، أو أفضى إلى إلزامه بدفع التعويض للغير .

٣ — المصروفات التي أنفقت في إبرام التصرف القانوني الذي كان مصدراً للدين ، وكذلك التي صرفت في عقد الرهن نفسه ، بل وكافة ما ينفق في إجراء القيد وتجديده إن كان المرهون عقاراً .

٤ — المصروفات التي يقضيها تنفيذ الرهن ، ومثالها ما ينفق في تمكين الدائن المرتهن من حيازة المال المرهون .

٥ — أخيراً أطلق المشرع نطاق الأفضلية بالنسبة للفوائد ، فجعله شاملا لكل مايستحق منها حتى يوم رسو مزاد بيع المال المرهون . وفي هذا الصدد يلاحظ أن نطاق الأفضلية من حيث الفوائد لايخضع للقيود التي سبق تفصيلها في دراسة الرهن الرسمي (١) .

ولكن يراعى أن المشرع من ناحية أخرى قد جعل رسو المزاد تاريخاً مانعاً لاستحقاق فوائد في ذمة المدين . وقد عني ببيان هذا الحكم في المادة ٢٣٠ التي سبق دراستها (٢) .

١٩٩ - التزاحم على الأفضلية :

يقترن التزاحم على الأفضلية في الرهن الحيازي ، بوجوب مراعاة أحكام سريان هذا الضمان الاتفاقي على الغير . وقد بينا من قبل أن المشرع استلزم حكما عاما ، هو انتقال الحيازة إلى الدائن المرتهن أو العدل المختار . واشترط

---

(١) راجع ما تقدم فقرة ٩٩ .
(٢) راجع ماسبق ص ٣٠٠ .

إلى جانب ذلك أحكام خاصة تتفاوت حسب طبيعة المال المرهون (١)

ولا تحتسب للدائن المرتهن مرتبته ، إلا اذا توافرفى حقه الحكمان معا . وعلى ضوء هذا التحديد حسم التزاحم على الافضلية ، ونفرق بشأنها بين العقار والمنقول

١ — إذا كان المرهون عقارا ، فالأصل أن حسم التزاحم بين الحقوق العينية التبعية يكون بالاسبقية فى القيد . ولكن يراعى أن هذا المبدأ يختل تطبيقه اذا تعلق الأمر بدائن مرتهن رهن حيازة .

فإذا تزاحم عدة دائنين ، اكتسب كل منهم رهنا حيازيا على عقار ، كانت الأسبقية لمن سبق الآخرين فى قيد حقه وحيازة العقار . وهو بهذه المثابة يفضل الدائن الذى كان سابقا عليه فى القيد ، ولكن لم تنتقل اليه الحيازة .

أما اذا كان التزاحم بين دائن مرتهن رهن حيازة ، وآخر تقرر له حق عينى تبعى على العقار (كدائن مرتهن رهنا رسميا ، أو صاحب حق اختصاص ، أو امتياز عقارى خاص) ، فالعبرة بالاسبقية فى القيد أيضا.

ولكن يلاحظ أن حق الرهن الحيازى لا يسرى فى مواجهة الدائنين الآخرين اذا لم تكن حيازة العقار قد انتقلت الى الدائن .

بل ويراعى أيضا أن تخلى الدائن عن حيازة العقار ، يعتبر قرينة على انقضاء الرهن . وانما يجوز لههدم هذه القرينة باثبات ان ترك الحيازة للراهن كان لأسباب مؤقتة وجدية . ولكن لايترتب على هدم هذه القرينة الإضرار بحقوق الغير المكتسبة خلال فترة انقطاع الحيازة . فإذا اكتسب دائن آخر حقا عينيا تبعيا ، وبادر بقيده ، كان حقه مفضلا ، على الدائن المرتهن رهن حيازة .

أخيرا نكتفى بالاشارة الى حكم سبق تفصيله ، وهو أن ترك حيازة العقار للراهن على سبيل الايجار يسرى على الغير اذا ذكر الايجار فى قائمة القيد ، أو

---

(١) راجع ما تقدم فى دراسة سريان الرهن الحيازى على الغير فقرة ١٧٥ وما بعدها .

كان مؤشراً به اذا تم بعد الرهن .

٢ ـ واذا كان المرهون منقولا ، فالعبرة أيضا بانتقال الحيازة ، وتدوين الرهن فى ورقة ثابتة التاريخ. فاذا تعددت الرهون الحيازية على منقول واحد، تكون الأسبقية لمن يتوافر فيه الشرطان معا ، أى يتقدم الدائن الحائز للمنقول متى كان رهنه ثابت التاريخ فى ورقة مكتوبة .

ويلاحظ ايضا ان انقطاع الحيازة يحمل معناه على انقضاء الرهن (م ١١٠٠) مالم يثبت الدائن عكس ذلك . وحينئذ لا يضر هذا الاثبات بمن اكتسب حقا على المنقول ، بحسن نية وسبب صحيح ، خلال فترة الانقطاع .

ويراعى أخيرا انه فى حالة توافر الحيازة لشخص أجنبى ، وهو العدل ، الذى يحوز المنقول لصالح عدة دائنين ، تثبت الاسبقية لأول دائن كانت الحيازة لصالحه ، وبشرط أن يكون حقه مدونا فى ورقة مكتوبة ثابتة التاريخ .

نخلص من كل ماتقدم فى تحديد التزاحم على الأفضلية فى الرهن الحيازى أن العبرة فى العقار بالاسبقية فى القيد ، وفى رهن المنقول بالاسبقية فى تدوين الرهن فى ورقة ثابتة التاريخ . على أن تحديد الافضلية على النحو المتقدم يتقيد بوجوب توافر الحيازة أيضا وهو الحكم العام لسريان الرهن الحيازى على الغير .

نقنع بهذه الصور فى التزاحم على الافضلية ، ونرجىء مايتعلق منها بحقوق الامتياز للباب المخصص لدراستها ، حيث تخضع لأحكام متعددة لا يتيسر تجميعها ، قبل التفصيل فى بحثها .

المطلب الثانى

التتبـــع

٢٠٠ — التتبع — ثبوت حق الدائن فى مباشرة هذه السلطة — تقييدها فى رهن المنقول :

تنص المادة ١٠٩٦ على أن للدائن المرتهن رهن حيازة أن يتتبع المـال المرهون فى أى يد يكون . ومفاد هذا الحكم أنه إذا اكتسب الغير ملكية المال المرهون ، أو أى حق عينى يقبل البيع استقلالا ، فان ذلك لا يمنع الدائن المرتهن من التنفيذ عليه إذا حل أجل الوفاء بالدين ، ولم يكن قد استوفاه .

والمقصود هنا هو التتبع القانونى ، أى سلطة الدائن فى تعقب المال المرهون أينما استقرت ملكيته ، للتنفيذ عليه واستيفاء الدين من ثمنه . وعلى هذا النحو لا تتعارض مباشرة هذه السلطة مع بقاء الحيازة للدائن المرتهن . وهو إذا فقدها جاز له أن يستردها ، ونكون حينئذ بصدد تتبع مادى للحيازة يتميز عن التتبع القانونى متقدم الذكر (١) .

فإذا كان المرهون عقاراً ، وانتقلت ملكيته لشخص آخر ، فهنا تنبغى الإشارة إلى أن هذا المالك الجديد لا يتمتع بكافة الوسائل القانونية التى كفلها المشرع لحائز العقار فى الرهن الرسمى .

ويقتصر حق المالك فى هذا الصدد على سداد الدين ، والحلول محل الدائن المرتهن فى رهن الحيازة ، طبقا للقواعد العامة التى جاءت فى الوفاء مع الحلول .

---

(١) أنظر مجموعة الأعمال التحضيرية جـ ٧ ص ٢٣٦ .

ولكن ليس له أن يلجأ إلى التطهير الاختيارى للعقار ، الذى وضع المشرع أحكامه ونظمها بالنسبة لحائز العقار المرهون فى الرهن الرسمى ، وأحال إليها أيضا فى حق الاختصاص وحقوق الامتياز العقارية الخاصة .

على أنه يلاحظ من ناحية أخرى أن العقار قد يتطهر من الرهن الحيازى المقرر عليه ، إذا كان مثقلا أيضا برهن رسمى ، وانتقلت ملكيته إلى شخص يصدق عليه وصف الحائز بالمعنى الذى قدمناه فى دراسة التتبع فى الرهن الرسمى. حينئذ يلتزم الحائز كما بينا من قبل أن يوجه العرض إلى أصحاب الحقوق المقيدة على العقار. وإذا لاقى العرض قبولا ، وقام الحائز بدفع المبلغ التقديرى للدائنين ، أو ايداعه بخزانة المحكمة ، يتطهر العقار من كل الحقوق المقيدة ، بما فيها حق الدائن المرتهن رهن حيازة (١) .

أما اذا ورد الرهن على منقول ، فالأصل أيضا تمكين الدائن المرتهن من مباشرة التتبع القانونى ، بمعنى أن انتقال ملكية المنقول الى الغير لا يؤثر على بقاء الرهن . هذا الحكم المتقدم يصطدم بقاعدة الحيازة فى المنقول سند الحائز. وهى لا يتوافر تطبيقها إلا حيث تنقطع حيازة الدائن المرتهن لسبب أو آخر ، ويكون المتصرف اليه حسن النية ، ومزودا بسبب صحيح. هنا يفقد الدائن حقه فى التتبع ، الا اذا استطاع أن يهدم قرينة حسن النية ، أو ينكر على الحائز توافر السبب الصحيح .

نخلص من كل ما تقدم أن سلطة التتبع القانونى تثبت للدائن المرتهن ، فيسرى حقه فى مواجهة من يكتسب ملكية العقار أو المنقول ، ويستطيع أن ينفذ عليه لاستيفاء الدين من ثمنه . وهو بهذه المثابة ، يتمتع بسلطة اضافية تدعم مركزه ، وهى حبس المال المرهون تحت يده حتى يستنفد غرضه من

---

(١) راجع ما تقدم فقرة ١١٥ وبصفة خاصة ص ٣٤٨ وما بعدها .

الرهن . أما التتبع الفعلى ، وهو الذى يتصل بسلب الحيازة خلسة أو اغتصابا ، فهو حق ثابت للدائن المرتهن أيضا ، طبقا للقواعد العامة فى استرداد الحيازة(١) على أن التتبع الفعلى قد يصطدم كما قدمنا فى المنقول بحيازة شخص توافر لديه حسن النية والسبب الصحيح .

---

(١) راجع ماسبق بشأن سلب الحيازة فقرة ١٧٨ وما جاء فيها .

المطلب الثالث

(الحبس)

٢٠١ - الحبس المترتب على الرهن الحيازى :

تنص المادة ١١١٠ على ما يأتى « يخول الرهن الدائن المرتهن الحق فى حبس الشىء المرهون عن الناس كافة ، دون إخلال بما للغير من حقوق تم حفظها وفقا للقانون. وإذا خرج الشىء من يد الدائن دون إرادته أو دون علمه كان له الحق فى استرداد حيازته من الغير وفقا لاحكام الحيازة » .

ويعتبر هذا النص تطبيقاً للنص العام ، الذى حدد مضمون الحق العينى المقرر للدائن المرتهن فى المادة ١٠٩٦ ،وقد جاء فيه أن الرهن الحيازى يرتب حقاً عينياً يخوله حبس الشىء لحين استيفاء الدين »

يتضح من النصوص المتقدمة أن المشرع قد زود الدائن المرتهن رهن حيازة ، بسلطة تدعم حقه ، وهى حبس الشىء المرهون حتى يستوفى الدين المضمون . وهى سلطة طبيعية تستجيب إلى طبيعة الرهن الحيازى ، باعتبار أنه تأمين عينى لا ينفذ فى مواجهة الغير إلا إذا كان المال المرهون انتقلت حيازته للدائن المرتهن أو إلى شخص أجنبى تخيره المتعاقدان .

هذا الحبس إذا باشره الدائن فى مواجهة المدين ، فهو استجابة طبيعة لآثار التعاقد . إذ أن المدين قد سلمه المال المرهون ضمانا للوفاء بدين من الديون ، وما دام الدائن لم يستوف حقه ، فان بقاء الشىء المرهون تحت يده له ما يبرره ، ومن ثم يمتنع على المدين المطالبة بالاسترداد .

بل وإن سلطة الدائن فى الإبقاء على الشىء تحت سيطرته ، والامتناع عن ردها قبل استيفاء حقه ، تستجيب أيضاً إلى مضمون الحق العينى المقرر له .

فهو كما قدمنا يستغل المال المرهون أو يستعمله ، و يخصم قيمة الغلة أو المقابل النقدى للاستفادة منه ، من أصل الدين وملحقاته .

ولكن المشرع لم يقتصر على تمكين الدائن من مباشرة ساطة الحبس فى مواجهة المدين فقط ، بل أجازله الاحتجاج بها فى مواجهة الغير أيضاً .

ويمكن القول إن الحبس المترتب على الرهن الحيازى ، سلطة إضافية يتميز بها مضمون الحق العينى التبعى المقرر للدائن المرتهن . وهى سلطة قررها المشرع ، مستجيبا إلى صفة الدائن كحائز قانونى للمال المرهون . ومراعيا أن حقه لا يسرى على الغير إلا ببقاء الحيازة له (١) .

وكأن الدائن المرتهن إذ يسيطر على الشيء المرهون . فيرد مطالبة من يريد تجريده من الحيازة ، لا يستند إلى حق قائم بذاته. وإنما يباشر سلطة فرضها الطابع الخاص للرهن الحيازى . على نحو ألجأ المشرع إلى إضافتها . حتى يكفل للدائن ضمانا فعالا . وتبدو أهمية هذا التصوير فى تحديد نطاق هذه السلطة . والتميز بينها وبين الحبس المترتب على القواعد العامة .

ولما كان الحبس المتقدم هو سلطة يتضمنها حق الدائن المرتهن . فهو بهذه المثابة شأنه شأن الافضلية أو التتبع . لا يحتج به إلا فى مواجهة من يسرى حق الدائن المرتهن عليه . وهذا هو ما تعنيه المادة ١١١٠ بقولها إن الرهن يخول للدائن المرتهن الحق فى حبس الشيء المرهون ، دون إخلال بما للغير من حقوق تم حفظها وفقا للقانون (٢)

تطبيقا لهذا الحكم يجوز للدائن المرتهن أن يحبس العقار عمن اشتراه ، إذا كان البيع مسجلا بعد قيد الرهن ، أو المنقول إذا كان تاريخ الرهن الثابت يسبق

---

(١) أنظر كانكارليه المرجع السابق ص ٣٤٧ — وراجع أيضا جابولد انسكلوبيدى داللوز ج ٢ ص ٨٥٦ بند ١٠٦ .
(٢) انظر مجموعة الأعمال التحضيرية ج ٧ ص ٢٣٥ .

تاريخ البيع . وله أن يحبس الشيء كذلك فى مواجهة كل دائن متأخر عنه فى المرتبة .

فاذا قرر مالك الشيء رهناً ثانياً ، سواء كان رسمياً او حيازياً ، فان المرتهن الأول يحق له حبس العين عن المرتهنين اللاحقين عليه .

وعلى النقيض من ذلك يمتنع عليه هذا الحبس ، فى مواجهة من اكتسب حقاً تم حفظه وفقاً للقانون . فاذا تعلق الأمر بعقار مثلا تم بيعه وتسجيله ، قبل قيد الرهن ، فان الدائن المرتهن رهن حيازة ، لا يحق له الاحتجاج بالحبس. ويلاحظ بالنسبة للمنقول أن الدائن يجوز له الاعتصام بحسن النية والسبب الصحيح ليحتج بالرهن فى مواجهة من اكتسب ملكية المنقول فى تاريخ سابق .

وقد أثير التساؤل بشأن بيع العقار بيعاً جبرياً ، وهل يترتب عليه تطهير العقار من الرهن الحيازى المقرر عليه ، وبالتالى يتجرد الدائن المرتهن من سلطة الحبس التى زوده بها القانون .

أثارت هذه المسألة خلافاً فى الفقه والقضاء .وقد أصبح الآن عديم الجدوى بعد أن تضمن تقنين المرافعات نصا صريحا (م ٦٩٠) يقرر أن تسجيل حكم مرسى المزاد أو التأشير به (اذا رسا المزاد على الحائز) يطهر العقار المبيع من حقوق الامتياز والاختصاص والرهون الرسمية والحيازية التى أعلن أصحابها بايداع قائمة شروط البيع وأخبروا بتاريخ جلسته ، ولا يبقى الا حقهم على الثمن .

مفاد هذا الحكم هو انقضاء الرهن الحيازى بتسجيل حكم مرسى المزاد ، وايداع الثمن أو دفعه للدائنين(١) . ويشترط أن يكون الدائن قد أعلن بايداع

---

(١) راجع ما تقدم فى انقضاء الرهن الرسمى والنقاش الذى دار حول تحديد الوقت يتم فيه التطهير فقره ١٣٠ .

قائمة شروط البيع وبتاريخ جلسته . وقد حرصت لجنـــة قانون المرافعات بمجلس الشيوخ على بيان أن هذا الحكم قصد اطلاقه على كافة التأمينات العقارية دون تمييز بينها .

ويترتب بطبيعة الحال على انقضاء الرهن الحيازى ، زوال كافة السلطات التى يخولها ، ومن بينها حق الحبس ، ومن ثم يمتنع على الدائن المرتهن مباشرته فى مواجهة الراسى عليه المزاد ، حتى ولو لم يترتب على توزيع الثمن تمكينه من استيفاء الدين .

٢٠٢ - الحبس المترتب على الرهن الحيازى ومدى اتصاله بالحبس المقرر طبقا للقواعد العامة :

الحق فى الحبس طبقا للقواعد العامة التى وردت فى المادة ٢٤٦ وما بعدها ، نظام قانونى يهدف إلى الضغط على إرادة المدين وحمله على تنفيذ التزام ترتب على عاتقه . وأداة تحقيق هذا الهدف ، هى تمكين الدائن من حبس شىء يخضع لسيطرته القانونية ، حتى يفى المدين بالتزام ارتبط بهذا الشىء أو تقرر بمناسبته. والحبس هنا سلطة أصيلة لا يتمتع الدائن بغيرها . أما الحبس المترتب على الرهن الحيازى فهو إحدى سلطات متعددة يتضمنها الحق العينى التبعى الذى يكتسبه الدائن المرتهن. إذ له كما قدمنا أن يستوفى دينه بالافضلية التى يخولها الرهن ، وأن يتتبع المال المرهون فى أى يد يكون .

على أن الحق فى الحبس وإن كان لا يكسب الدائن امتيازا على ثمن المال المحبوس ، فهو يضعه فى مركز مفضل ، يخول له أفضلية واقعية . وبيان ذلك أن الدائن يحق له الامتناع عن تسليم الشىء فى مواجهة المدين . ومواجهة الغير حتى يستوفى دينه .

---

(١) انظر فى مدى سريان الحبس المترتب على القواعد العامة فى مواجهة الغير اسماعيل غانم فى أحكام الالتزام ص ٢٧٧ . وخلاصة الرأى الراجح أن الحبس للمصروفات يحتج به على الكافة ،

وبعبارة أخرى فالحق فى الحبس المقرر وفقا القواعد العامة التى جاءت فى المادة ٢٤٦ وما بعدها، يتجرد من حق التقدم فى استيفاء الدين من المقابل النقدى للمال. أما الحبس المترتب على الرهن الحيازى ، فهو سلطة إضافية فى مضمون الحق العينى التبعى ، الذى يستطيع الدائن بمقتضاه أن يدعى الافضلية على المقابل النقدى للمال المرهون .

على أن الحبس القائم على القواعد العامة ، وذلك المترتب على الرهن الحيازى ، يتفق كل منهما فى أن الدائن إذا استوفى دينه ، يصبح الحبس غير ذى موضوع .

وقد عنى المشرع تأمينا لحق الدائن الحابس ، وحق الدائن المرتهن ، بتقرير بعض أحكام متشابهة فى حالة سلب الحيازة خلسة أو اغتصابا . فأجاز لكل منهما إذا خرج الشىء من يده خفية أو رغم معارضته ، أن يطلب استرداده. على أن هذا الحكم لا ينطلق تطبيقه بالنسبة للدائن الحابس ، بل يتقيد بمدة معينة حددها المشرع بثلاثين يوما من الوقت الذى يعلم فيه بخروج الشىء من يده ، وقبل انقضاء سنة من وقت خروجه . فالحق فى الاسترداد مقرر لكلا الدائنين ، ولكنه يتحدد فى نطاق زمنى معين بالنسبة للدائن الحابس طبقاً للقواعد العامة (م ٢٤٨).

أخيراً قد يتداخل الحقان : فنجد الدائن المرتهن رهن حيازة قد اقتصر حقه على حبس مجرد من أى امتياز أو تقدم ، لأنه لا يباشره بوصفه سلطة

=سواء كان الدائن الحابس وضع يده على الشىء قبل ثبوت حق الغير أو بعد ثبوته . أما فى الحالات الأخرى فلا يحتج بالحبس على من تقرر له حق عينى على الشىء فى تاريخ سابق على وجود الشىء تحت يد الدائن . راجع فى إطلاق سريان الحبس فى الصورة الأخيرة بودان وفواران ج ١٣ فقرة ٢٨٧ — عبد الفتاح عبد الباقى فقرة ١٦٦ .

للحق العينى التبعى ، وإنما باعتباره قائما بذاته استنادا إلى القواعد العامة .

١ — يعرض ذلك أولا بالنسبة لاستيفاء المصروفات النافعة ، أو المصروفات الضرورية التى لم يتيسر الحصول عليها من ثمن بيع المال المرهون (١) . وقد بينا من قبل أن المصروفات النافعة لا يتضمنها نطاق الأفضلية ، ولكن ذلك لا يمنع الدائن من أن يباشر عليها حقا فى الحبس استنادا إلى القواعد المقررة فى المادة ٢٤٦ .

وكذلك يكون الحكم أيضا بالنسبة للمصروفات الضرورية التى تدخل أصلا فى نطاق الافضلية ، ولكن يجوز فى بعض الاحوال أن ينقضى الرهن دون أن يتمكن الدائن من استيفائها ، حينئذ يقتصر حقه على الحبس العادى ويتجرد من الامتياز المزود به فى الرهن .

٢ — تتحقق الصورة الثانية اذا ماتقرر بطلان الرهن أو فسخه . فهنا يزول التعاقد وآثاره وبالتالى يتجرد الدائن من الحق العينى الذى اكتسبه على المال المرهون ، فيمتنع عليه أن يباشر الافضلية التى اكتسبها بمقتضى الرهن .

ولكن يتخلف عن هذا التعاقد حق فى الحبس طبقا للقواعد العامة . وهو إذ يتقرر ، يثبت للدائن مجردا عن أى امتياز . واساس هذا الحبس أن الدائن المرتهن يحق له الامتناع عن رد الشئ حتى يقوم الراهن باداء الالتزام المرتبط بوجود هذا الشيء لدى الدائن (٢) . وهذا محض تطبيق لنص المادة ٢٤٦ التى تقرر أن كل من التزم باداء شيء له أن يمتنع عن الوفاء به مادام الدائن لم يعرض الوفاء بالتزام مرتبط بهذا الشيء .

على انه يجب لإمكان تطبيق الحكم المتقدم ألا يكون الفسخ أو البطلان نتيجة خطأ الدائن أو تقصيره أو غشه .

---

(١) راجع ما تقدم فقرة ١٩١ وما جاء بشأن المصروفات .

(٢) راجع فى هذا المعنى كارنكارليه المرجع السابق ص ٣٥٥ — اسماعيل غانم المرجع السابق ص ٢٩٥ — الأعمال التحضيرية ج ٢ ص ٣٣١ — انظر أيضا نقض مدنى ٤ يناير سنة ١٩٥١ مجموعة أحكام النقض سنة ٢ عدد ٢ ص ٢٢٤ .

المبحث الثالث

(آثار رهن الدين)

٢٠٣ - الدائن المرتهن لا يكتسب حقاً عينياً فى رهن الدين - ولكنه يتميز عن غيره من الدائنين :

قدمنا فى تحديد ميعاد الحقوق العينية بصفة عامة أن العبرة بمحل الحق. فاذا كان شيئاً ماديا معيناً بالذات كنا بصدد حق عينى (١)

وعلى ضوء هذا المعيار اتخذنا موقفاً من الحقوق العينية التبعية ، فانتصرنا للفقه الراجح للابقاء عليها . وهى تتقرر فى كل حالة يتعلق فيها حق الدائن المزود بضمان خاص ، بشىء مادى معين بالذات . وبعبارة أدق يتصل حق الدائن بالكيان الاقتصادى للشىء ، وهو عنصر أساسى فيه . ويترتب على ذلك سيطرة الدائن على القيمة الاقتصادية للشىء الذى تقرر عليه حقه ، على نحو يخول له أن يقصى مزاحمة من يشاركه فيها ، وذلك فى الحدود التى تضمن له الوفاء بدينه ، ويجيز له أيضاً أن يتعقب هذه القيمة الاقتصادية أينما أنتقلت ملكية الشىء (٢) .

ولما كان هذا هو معيار تحديد الحق العينى فى تقديرنا ، فلا يمكننا التسليم بوجوده إذا كان الضمان الخاص المقرر للدائن قد ورد على مال معنوى ، كما

---

(١) راجع ما تقدم فقرة ٢٦ وما بعدها .

(٢) انظر بونكاز الملحق لمطول بودرى ج ٥ ص ١٨٤ ، ٢٠٦ - كارنكار ليه المرجع السابق ص ٤١٨ - راجع أيضا ديروبيه « الطبيعة القانونية لحق المستأجر والتفرقة بين الحقوق العينية والشخصية » رسالة من تولوز ١٩٥٢ ص ٢٨٠ .

هو الحال فى رهن الدين (١) .

والواقع أن الدائن المرتهن إذا اكتسب الضمان الخاص على حق من الحقوق الشخصية ، أى أنه ارتهن ديناً مستحقاً لمدينه فى ذمة الغير ، فهنا لا يتصور القول أننا بصدد حق عينى . ذلك أن حق الدائن المرتهن ينصب فى هذه الحالة على أداء معين التزم بتقديمه لمدينه ، وبعبارة أخرى يرد الضمان الخاص هنا على التزام باعطاء . وغنى عن البيان أن طبيعة الحق العينى تنفر من أن يكون محله مجرد أداء يلتزم به شخص معين . بل إن خصيصة الحق العينى التى تميزه عن غيره ، هو أنه يرد على شىء مادى حال ، ومعين بالذات ، على نحو يخول لصاحبه أن يستأثر به ، فيتسلط على مزاياه ، فى الحدود التى يخولها له مضمون الحق . وهو يباشر هذا التسلط دون حاجة لمعاونة الغير ، لأن الصلة مباشرة بينه وبين الشىء محل الحق (٢) .

أما رهن الدين فهو يكسب الدائن المرتهن مركزاً يتميز به عن سائر الدائنين . أى أنه يتضمن مجرد إخلال بقاعدة المساواة بين الدائنين ، دون أن يترتب عليه تقرير حق عينى للدائن . قوام هـذا الاخلال هو تخصيص دين معين

---

(١) راجع فى الدفاع عن إمكان تقرير حق عينى على حقوق شخصية ريجو « الحق العينى تاريخه ونظرياته » رسالة من تولوز ١٩١٢ ص ٣٩٥ وما بعدها . ويرى هذا الاتجاه أن حق الدائن يكون عينيا أيضـا إذا ورد على مال معنوى ، كما هو الحال بالنسبة لرهن الدين . وذلك أن الدائن يسند إليه الحق فى الاستفادة من مال معنوى وهو يختلف عن الحقوق العينية الاخرى من حيث التكوين المادى ، ولكنه يتفق معها من حيث المضمون ، أى بالنسبة للسلطات التى يخولهـا . ريجو المرجع السابق ص ٣٩٤ . وانظر ما تقدم ص ٦١ ، حسن كيره الحقوق العينية الأصلية ج ١ فى حق الملكية فقرة ٢٠ وفيها يقرر أن رهن الحق الشخصى لا يخرج عن كونه حوالة لهذا الحق على سبيل الضمان والائتمان . وإذا كان القانون يتكلم عن رهن الدين فهو لا يواجه بذلك حقا عينيا بالرهن على حق شخصى - إذ الحق لا يصلح محلا للحق العينى - وإنما يواجه مجرد حوالة للحق الشخصى لغرض الائتمان تجعل المحال له مفضلا على سائر الدائنين فى استيفاء حقه من قيمة الحق المحال به

(٢) أنظر كارنكاليه المرجع السابق ص ٤٤١ .

لضمان حق الدائن المرتهن . وكأن حقه ينصب إذن على أداء معين التزم به شخص نحو مدينه . ويترتب على ذلك أن الراهن يمتنع عليه التصرف فى هذا الدين ، على نحو يضر بدائنه ، ويحرم عليه أن يستوفيه لأن القيمة المالية التى يمثلها قد تعلق بها حق الدائن المرتهن . وإذا كان للراهن دائنون آخرون ، والتجأ أحد منهم إلى حجز ما للمدين لدى الغير ، فهنا يتمتع الدائن بأفضلية فى استيفاء الدين المحجوز لدى الغير ، لأنه اكتسب مركزاً مفضلا بمقتضى الرهن .

ولما كان رهن الدين يكسب الدائن مركزاً مفضلا ، ويعبر عن ضمان خاص يكفل له استيفاء حقه ، فانه يتعين تقرير أحكام تيسر تحقيق الهدف من هذا الضمان . على هذا النحو أجيز للدائن قبل حلول أجل الوفاء ، أن يستفيد من ثمرات الدين المرهون ، بأن يستأثر مثلا بالفوائد التى تستحق عنه ، ويخصمها مما هو مستحق له . بل له أيضاً أن يستأثر بكل استحقاق دورى ، حتى يستوفى حقه كاملا . فاذا حل أجل الوفاء ، ولم يكن استوفى حقه جاز له أن يبيع الدين المرهون ، وأن يستوفى حقه من ثمن البيع .

الخلاصة إذن مما تقدم أن رهن الدين لا يكسب حقاً عينياً ، لأن نطاق هذه الحقوق يقتصر فقط على الأشياء المادية المعينة بالذات : ولكنه يضع الدائن المرتهن فى مركز مفضل يكفل له استيفاء حقه من القيمة المالية التى يمثلها دين معين يستحق للراهن فى ذمة الغير .

٢٠٤ — رهن الدين يخضع للأحكام العامة فى انشاء حوالة الحق وسريانها على الغير :

يعتبر رهن الدين على النحو المتقدم صورة من صور حوالة الحق ، يقصد بها تحقيق هدف ائتمانى . فالراهن يتصرف فى حقه على سبيل الرهن ، وذلك للحصول على ائتمان من دائنه .

وقد أخضع المشرع هذا التصرف ، للقواعد العامة فى حوالة الحق ، فأجاز إنشاء الرهن بمجرد رضاء الراهن والدائن المرتهن ، دون أن يستلزم موافقة المدين .

ولكن هذا التصرف لا يسرى فى مواجهة المدين بالالتزام المرهون ، إلا بإعلانه به ، أو بقبوله له . وهذا هو الحكم الذى قرره المشرع أيضاً فى حوالة الحق بصفة عامة .

ولا يكون نافذاً فى مواجهة الغير إلا إذا كان إعلان المدين ، أو قبوله لهذه الحوالة الائتمانية ، ثابت التاريخ . ويلزم إلى جانب ذلك أن تنتقل حيازة السند المثبت للدين إلى الدائن المرتهن (م ١١٢٣) (١) .

ويجب أن يكون الدين المرهون قابلا للحوالة وهو ما تعبر عنه المادة ١١٢٥ بقولها « إذا كان الدين غير قابل للحوالة أو للحجز فلا يجوز رهنه » . وتطبيقاً لذلك لا يجوز رهن دين لا يقبل الحوالة بنص القانون أو بموجب اتفاق أو بحسب طبيعة الدين . وكذلك أيضاً لا يجوز رهن الدين إذا كان غير قابل للحجز عليه » .

٢٠٥ — الدفوع التى يجوز للمدين بالالتزام المرهون أن يتمسك بها :

تنص المادة ١١٢٧ على أنه « يجوز للمدين فى الدين المرهون أن يتمسك قبل الدائن المرتهن بأوجه الدفع المتعلقة بصحة الحق المضمون بالرهن ، وكذلك بأوجه الدفع التى تكون له قبل دائنه الأصلى ، كل ذلك بالقدر الذى يجوز فيه للمدين فى حالة الحوالة أن يتمسك بهذه الدفوع قبل المحال إليه » .

---

(١) راجع ما تقدم فى فقرة ١٨٣ .

يستفاد إذن من حكم هذه المادة أن المدين بالدين المرهون ، يحق له الاحتجاج على الدائن المرتهن بكل دفع يجوز له التمسك به قبل الراهن وقت نفاذ الرهن عليه (م ٣١٢) ، وذلك كأن يتمسك ببطلان الدين أو انقضائه لأى سبب من الأسباب .

ويستثنى من هذا الحكم الدفع بالمقاصة التى توافرت شروط التمسك بها وقت نفاذ الرهن ، فى الحالة التى يقبل فيها المدين هذا الرهن دون أن يبدى تحفظاً . فهنا يمتنع عليه التمسك بالمقاصة التى توافرت شروطها فى علاقته بالراهن. وفى هذا الاستثناء خروج عن القواعد العامة ، لأن الدين المرهون قد انقضى بالمقاصة ، ومع ذلك يمنع القانون الراهن من الاحتجاج بها ما دام لم يبد تحفظاً فى قبول الرهن (م ٣٦٨) . وعلة هذا الاستثناء هى حرص المشرع على تأمين المحال له بالحق ، أو الدائن المرتهن فى الصورة التى نبحثها . إذ ليس من المقبول أن يفاجأ بانقضاء الدين الذى اكتسب عليه ضماناً خاصاً ، وليس من المفروض فيه العلم بوقوع المقاصة ، ما دام المدين قد قبل الرهن بلا تحفظ . وهنا يقع على المدين وزر خطئه ، لأنه كان فى إمكانه أن يتوقى هذا الخطأ بإبداء التحفظ فى قبوله للرهن .

ويظهر من هذا الاستثناء أنه لا يصدق على الحالة التى لا يكون فيها المدين قد قبل الرهن ، بل أعلن به فقط . ففى هذه الصورة تطبق القواعد العامة ، ويحق له الاحتجاج بالمقاصة التى كان له أن يتمسك بها فى مواجهة دائنه .

٢٠٦ – آثار رهن الدين :

تخضع هذه الآثار بالنسبة لعلاقة الدائن بالراهن ، للاحكام العامة التى قدمناها فى آثار الرهن الحيازى . فيلتزم الراهن بتسليم سند الدين المرهون ، وبضمان سلامة الرهن ونفاذه . وعلى هذا النحو يمتنع عليه القيام بأى عمل يهدر حق الدائن المرتهن ، كأن يتلقى الوفاء بالدين ، أو يتصرف فيه إلى دائن آخر .

أما الدائن المرتهن ، فيلتزم بالمحافظة على الدين و صيانته . فاذا كان وشيك الانقضاء بالتقادم ، يجب عليه اتخاذ الاجراء القانونى الذى يقطعه ، وإذا كان مهدداً بنزاع فعليه أن يخطر الراهن إن كان تدخله مجدياً . وإذا كان هذا الدين مضمونا بتأمينات تكفل الوفاء به ، فيتعين على الدائن أن يحافظ عليها وأن يصونها من الضياع أو الإضعاف .

ويلتزم الدائن المرتهن أيضاً باستيفاء الاستحقاقات الدورية للدين فى الزمان والمكان المعينين لذلك ، على أن يبادر باخطار الراهن بما استوفاه .

وإذا كان الدين يستحق عنه فوائد ، فللدائن المرتهن أن يستولى عليها ، وكذلك كافة الاستحقاقات الدورية ، على أن يتم خصم كل ما قبضه من ملحقات الدين ، وتتضمن المصروفات ، ثم الفوائد المستحقة للدائن . فاذا تبقى شىء بعد ذلك ، خصم من أصل الدين (م ١١٢٦) .

حلول الدين المرهون قبل استحقاق الدين المضمون: عرض المشرع لهذه الصورة ، وهى كثيرة الوقوع . فى المادة ١١٢٨ . ومفاد الحكم الذى أخذ به التقنين المدنى الجديد ، هو أن المدين بالالتزام المرهون ، يلتزم بالوفاء للدائن المرتهن والراهن معاً ، فلا يجوز أن يؤثر أحدهما بهذا الوفاء (١) .

ويجوز للدائن المرتهن والراهن أن يتفقا على إيداع الدين فى خزانة المحكمة. حينئذ يلزم الاتفاق على استغلال الأموال المودعة ، على نحو يحقق النفع للراهن . من ذلك مثلا أن تستثمر فى شراء أوراق مالية تدر فائدة أو ربحاً ، أو تودع فى أحد المصارف التى تمنح فائدة مجزية .

ويراعى فى الاستثمار أيضا تحقيق مصلحة الدائن ، بحيث لا يكون مؤدياً إلى حرمانه من استيفاء حقه حينما يحل أجل الوفاء به . والمرجع الأخير فى حالة

---

(١) راجع جابرييل جابولد انسكلوبيدى داللوز ج ٢ ص ٨٦٣ بند ٢٢٠ .

الخلاف يكون للقاضي ، الذى يوازن بين المصالح ، ويتجه بالاستغلال الوجهة التى تلائم تحقيق الهدف من الرهن .

وفى الأحوال التى لا يقنع فيها الدائن والراهن ، بمجرد إيداع المبالغ المستوفاة ، ويتم الاتفاق بينهما على استغلالها ، يلتزم الراهن بتقديم رهن آخر للدائن . ويجوز أن يتقرر هذا الرهن على الأموال التى تم شراءها مقابل هذه المبالغ بقصد استغلالها ، كأوراق مالية أو منقول أو عقار آخر .

أما إذا اكتفى الطرفان بمجرد إيداع هذه المبالغ فى خزانة المحكمة ، أو فى مصرف من المصارف ، فهنا ينتقل حق الرهن إليها بقوة القانون (م١١٢٨ – ٢).

تعاصر استحقاق أداء الدين المضمون والدين المرهون : فى هذه الحالة يباشر الدائن المرتهن حق الأفضلية المخول له بمقتضى الرهن . وإذا كان الدين محجوزاً لدى المدين من دائن آخر للراهن ، فهنا يشترك الدائن المرتهن فى التوزيع مقدماً على غيره من الدائنين العاديين .

ويجوز للدائن المرتهن ، إن رأى مصلحته فى ذلك أن يلجأ إلى القاضى يسأله الإذن فى بيع الدين المرهون . وهنا يبين القاضى طريقة إجراء هذا البيع ، ويستوفى الدائن حقه من ثمن البيع ، وتخلص الزيادة للراهن .

أخيراً يحق للدائن أيضاً أن يطلب من القاضى الأمر بتمليكه الدين المرهون ، على أن تقدر قيمته بالاستعانة بأهل الخبرة ، وتخصم من الحق المستحق للدائن .

الفصل الثالث
زوال الرهن الحيازى

٢٠٧ — زوال الرهن الحيازى بصفة تبعية — إحالة — حكم خاص بالتقادم : —

تنص المادة ١١١٢ على ما يأتى «ينقضى حق الرهن الحيازى بانقضاء الدين المضمون ويعود إذا زال السبب الذى انقضى به الدين، دون إخلال بالحقوق التى يكون الغير حسن النية قد كسبها قانوناً فى الفترة ما بين انقضاء الحق وعودته» .

تضع هذه المادة حكم الزوال التبعى للرهن الحيازى . وهى فى صياغتها تتفق مع ماجاء فى الباب المخصص للرهن الرسمى ، ولذا نكتفى بالإحالة إلى كافة ما قدمناه فى هذا الشأن (١) .

ولكن تنبغى الإشارة هنا إلى حكم يتصل بالرهن الحيازى ، ويفضى إلى أن هذا التأمين الاتفاقى قد ينعكس أثره على الدين المضمون فيمنع سريان التقادم عليه وبالتالى يحول دون انقضائه بمضى المدة .

ونعنى بما تقدم نص المادة ٢/٣٨٤ التى تعتبر ترك المال المرهون رهناً حيازياً تحت يد الدائن ، إقراراً ضمنياً من جانب المدين بوجود الدين . ويترتب على ذلك أنه لو كان حق الدائن منذ نشأته مضموناً برهن حيازى ، فلا يبدأ سريان التقادم المسقط لحقه إلا من الوقت الذى يستعيد فيه الراهن الشىء المرهون . ومن باب أولى يترتب على تقرير هذا الرهن فى تاريخ لاحق انقطاع التقادم ، ويمتنع سريانه ما دام الدائن حائزاً للشىء المرهون .

---

(١) راجع ما تقدم فقرة ١٢١ وما بعدها .

٢٠٨ - زوال الرهن الحيازى بصفة أصلية :

قد يزول الرهن أيضا بصفة أصليــة ، لأسباب لاتمس الدين المضمون . ويتوافر ذلك فى الحالات الآتية :—

التنازل عن الرهن : عالجت المادة ١/١١١٣ حكم هذا التنازل . ويشترط لصحته أن يصدر عن دائن يتمتع بأهلية الإبراء من الدين المضمون. والتنازل إما أن يكون صريحاً أو ضمنيا .

وقد وضع المشرع قرائن بسيطة يجوز للدائن أن يهدمها بإثبات عكسها . وهو فى هذا الاثبات لاينبغى أن يضر بحقوق الغير المكتسبة .

القرينة الأولى تستفاد من تخلى الدائن عن حيازة المال المرهون. وقد سبق لنا بحثها ، فقررنا بشأنها أن للدائن المرتهن أن يثبت أن ترك الحيــازة كان لأسباب موقتة جدية ، وذلك دون إخلال بحقوق الغير المكتسبة (١) .

والقرينة الثانية تستخلص من موافقة الدائن المرتهن على التصرف فى المال المرهون دون تحفظ . هــذه القرينة بدورها ليست قاطعة ، بل يجوز إثبات عكسها،لاسيما أن التصرف لا يحمل دائما على انصراف نية الدائن إلى التنازل عن الضمان، باعتبار أن حقه قائم فى تتبع المال المرهون. ولعل صورة التصرف التى تتضمن معنى التنازل ، هى التى يوقع فيها الدائن على العقــد كضامن لخلو الشيء من الحقوق والتكاليف العينية.

وأيا ما كان الأمر ، فإن تنازل الدائن عن الرهن،لاينبغى أن يضر بحقوق الغير المكتسبة على محل التأمين . فاذا كان الدين المضمون مثلا ، قد رهنه الدائن للغير ، فإن هذا الرهن يتناول التأمينات التى تكفل الوفاء به ، ومن بينها الرهن الحيازى المقرر لصالح الدائن المرتهن. وعلى النحو إذا تنازل

---

(١) راجع ماتقدم فقرة ١٧٨ وما جاء فيها بشأن استمرار الحيازة .

هذا الدائن عن الرهن ، فإن هذا التنازل لايسرى فى حق دائنه الذى ارتهن الدين المضمون بما يكفله من تأمينات (١) .

زوال الرهن بالبيع الجبرى : لم يعد الأمر محلا للخلاف بالنسبة للعقار بعد أن صدر تقنين المرافعات متضمنا نصا صريحا يقضى بأن تسجيل حكم مرسى المزاد ، يترتب عليه تطهير العقار من كافة الحقوق العينية التبعية ، بما فيها حق الدائن المرتهن رهن حيازة. وعلى هذا النحو يلتزم الدائن برد العقار إلى الراسى عليه المزاد، ولايجوز له الاحتجاج بحق الحبس ، لأن الحبس سلطة يمتنع عليه مباشرتها ، بزوال الحق العينى الذى كان يبررها (٢) .

ويراعى أن تقنين المرافعات قد حرص على هذا النص حتى يزيل الخلاف الذى كان قائما إزاء صمت التقنين المدنى عن تقرير هـــذا الحكم بالنسبة للرهن الحيازى .

ويقتصر حق الدائن المرتهن رهن حيازة ، على الاشتراك فى توزيع الثمن وفق المرتبة التى يكفلها الرهن . ويلاحظ أن زوال الرهن بالبيع الجـــبرى للعقار ، لا يرتب أثره إلا إذا كان الدائن قد أعلن بإيداع قائمة شروط البيع وأخطر بتاريخ جلسته (م ٦٩١ (٣)) .

أما بالنسبة للمنقول فلا زال الباب مفتوحا للاجتهاد . وقد اتجه جانب من الفقه ، إلى أن الرهن لاينقضى كقاعدة عامة بالبيع الجبرى ، باعتبـــار أن المشرع لم يضع نصا على غرار ما فعل بالنسبة للعقـــار . ويترتب على ذلك أن

---

(١) راجع مجموعة الأعمال التحضيرية جـ ٧ ص ٢٤١ .

(٢) راجع التقرير الثانى للجنة قانون المرافعات بمجلس الشيوخ ، وانظر ما تقدم فى دراسة الحبس المترتب على الرهن الحيازى .

(٣) راجع فى تفصيل تطهير العقار من الحقوق العينية ماتقدم بيانه نقرة ١٣٠

الدائن المرتهن يحق له حبس الشيء المرهون فى مواجهة الراسى عليـــه المزاد حتى يستوفى كل المبالغ التى يضمنها الرهن (١) .

ولعل مما يعزز هذا الرأى أن حائز المنقول له أن يعتصم بحيازته القائمة على حسن نية وسبب صحيح ، فيرد كل مطالبة به .

على أنه يلاحظ أن هذا الاتجاه المتقدم لايؤخذ به إذا كان الدائن المرتهن هو الذى طلب بيع المنقول المرهون ، أو اشترك فيه . إذ يستفاد من ذلك أن الدائن قد انصرفت نيته إلى التخلى عن حيازة المنقول ، وانتقال حقه إلى الثمن الذى يرسو به المزاد .

التطهير الاختيارى للعقار : بينا فى دراسة سابقة (٢) أن مشترى العقار المرهون رهنا حيازيا ، لايحق له الالتجاء إلى إجراءات التطهير الاختيارى التى نظم أحكامها التقنين المدنى بالنسبة لحائز العقار المرهون رهنا رسميا .

ولكن إذا كان العقار مرهونا رهنا رسميا ، فهنا يتعين على الحائز الذى يريد تطهيره ، أن يوجه العرض لكل الدائنين أصحاب الحقوق المقيدة ومن بينهم الدائن المرتهن رهن حيازة) . فإن لاقى العرض قبولا وقام الحائز بدفع الثمن للدائنين أو ايداعه خزانة المحكمة ، يتطهر العقار من كل الحقوق العينية التبعية المقررة عليه .

إحالة بالنسبة لبعض أسباب زوال الرهن : قد يزول الرهن الحيازى أيضا لتملك الدائن للمال المرهون ، أو هلاك هذا المـــال . ونقنع فقط بهذه الإشارة ونحيل فى تفصيلها الى ما سبق بيانه فى دراسة الرهن الرسمى(٣) .

---

(١) انظر فى هذا المعنى عبد الفتاح عبد الباقى ص ٦٥٠ .

(٢) راجع ماتقدم فقرة ١١٥ ، وانظر ايضا سلطة التتبع فى الرهن الحيازى فقرة ٢٠٠ .

(٣) راجع ماتقدم فقرة ١٢٩ ، ١٣١ .

الباب الرابع

حقوق الامتياز

٢٠٩ - تمهيد وتقسيم :

حقوق الامتياز هي النظم القانونية الأخيرة للضمان الخاص التي ختم بها المشرع نصوص التقنين المدني. وهي على خلاف النظم التي سبق لنا دراستها لا تخضع في تقريرها إلى ارادة الأفراد، ولاتنشأ بأمر القاضي ، وانما تستمد وجودها من نصوص القانون مباشرة . وبهذه المثابة يمكن القول أن حقوق الإمتياز هي ضمانات عينية خاصة تكفل استيفاء بعض الديون من المقابل النقدي للأموال التي تدخل في وعاء الامتياز ، بالأفضلية التي يحدد المشرع مرتبتها .

وقد أثارت حقوق الإمتياز الخلاف بين الفقهاء حول تحديد طبيعتها . فهل تعتبر من قبيل الحقوق العينية التبعية شأنها شأن التأمينات العينية الإتفاقية والقضائية ، أو هي مجرد أوصاف تلحق بعض الديون فتغير من حق الدائن الذي يخضع لقاعدة المساواة بين الدائنين ، وتجعل منه حقا موصوفا بأفضلية تحددها مرتبة الإمتياز . وفي هذا الشأن نلمس في الفقه اتجاهين رئيسين ، أحدهما يرد حقوق الامتياز إلى طبيعة واحدة، والآخر يعتمد في تأصيلها على تنوع طبيعتها .

وسنعنى في فصل أول باتخاذ موقف من هذا التعارض الفقهي . وبذلك يتيسر لنا وضع تعريف لحقوق الإمتياز ، وبيان بعض الأحكام الأساسية ، وتمهيد الطريق للكشف عن تنوعها . هذه هي المسائل التي نجمعها في فصل أول نتخذ له عنوانا « الأسس العامة في حقوق الإمتياز ».

وعلى ضوء هذا كله نخصص دراستنا في فصل ثان باستعراض حقوق الامتياز حسب الترتيب الذي جاءت به في نصوص القانون. وهذا هو الفصل الذي نتخير له عنوانا « الأحكام الخاصة بكل امتياز ».

الفصل الأول

الأسس العـــامة فى حقوق الامتياز

٢١٠ – المعيار المختار للحق العينى التبعى لا يصدق على حقوق الامتياز العامة :

قدمنا فى التمهيـد لدراسة نظم التأمينات العينية ، أن الحق العينى التبعى يرد فقط على الأشياء المادية المعينة بالذات(١). وقد استجبنا فى هذه الصياغة المختارة إلى أن العبرة فى تحديد الطبيعة العينية للحقوق هى بمحل الحق. فالمحل المادى المفرز هو الذى يصلح وحده لتقرير الحقوق العينية عليه .

ويترتب على الأخذ بهذا المعيار أن حق الامتياز العام الذى يضمن الأفضلية لبعض الديون ، لا يزود الدائن بحـق عينى تبعى . وذلك أن الحق العينى يقتضى وجود محل مادى مفرز ومعين بالذات (٢) . بينما يلاحـظ أن حقوق الامتياز العامة ، لاترتبط حق الدائن بشىء مادى معين . وإنما يظهر أثرهـا فقط عند التنفيذ على أموال المدين. فاذا كان بين الدائنين دائن يتمتع بامتياز عام بشأن دين من الديون المستحقة فى ذمة المدين ، فإنه يجوز له استيفاء هذا

---

(١) راجع ما تقدم فقرة ٢٥ وما بعدها . أنظر أيضاً حسن كيرة الحقوق العينية الأصلية جـ ١ فى حق الملكية فقرة ١٩ وما بعدها .

(٢) ويترتب على هذا التصوير أن الامتياز المقرر على الدين لايزود الدائن بحق عينى تبعى. ذلك أن الحق العينى لا يجوز تقريره على حق شخصى . ويكون الحق الممتاز مجرد أفضلية تكفل للدائن أن يفلت من قاعدة المساواة، وأن يستوفى حقه مفضلا عن سائر الدائنين من الدين الذى تقرر عليه الامتياز . ومن قبيل الامتياز على الديون حقوق المقاولين من الباطن والعمال على الدين المستحق فى ذمة رب العمل للمقاول الأصلى ، وحقوق عمال المقاول من الباطن على الديون المستحقة فى ذمة رب العمل للمقاول من الباطن، وفى ذمة المقاول الأصلى للمقاول من الباطن (راجع م ٦٦٢ مدنى) . وأنظر فى الامتياز على الديون روبينو « حقوق الامتياز على الديون وأسباب الأفضلية الأخرى عليها » رسالة من بوردو سنة ١٩٥٠ .

الدين مفضلا على غيره من الدائنين . وبذلك يفلت من قاعدة المساواة التى تحكم التنفيذ على أموال المدين كقاعدة عامة .

على أن الامتياز العام لا يربط حق الدائن بشىء مادى بالذات يملكه المدين وانما تبقى مسئولية المدين فى مواجهة الدائن شخصية غير محـددة . وبهذه المثابة تظل حريته مكفولة فى التصرف فى أمواله وفى عقد ديون جديدة . ولا يظهر الامتياز العام الا عند التنفيذ على المال ، ويتمثل فى أفضلية تكفل استيفاء الدين الممتاز قبل الديون العادية. وبذلك يمكن القول اذن ان الامتياز العام لا يكسب الدائن حقا عينيا . أما حق الامتياز الخاص فهو يكسب الدائن حقا عينيا تبعيا ما دام وارداً على شىء مادى معين بالذات (١) .

---

(١) أثار هذا النظر خلافاً طويلا بين الفقهاء . أنظر فى بيان وتحليل الاتجاهات المختلفة روبينو المرجع السابق ص ١٠٦ . وقد اكتفينا فى المتن بالصياغة المختارة التى تتجاوب فى تقديرنا مع التصوير الذى نراه للحقوق العينية . لا سيما وأن طابع الدراسة العامة لا يسمح بالافاضة فى هذه الخلافات الفقهية . وفيما يلى نوجز فقط الخطوط الرئيسية للخلاف .

١ — هناك اتجاه فقهى إلى تنوع طبيعة حقوق الامتياز . وهو تنوع أساسه اختلاف محل الامتياز . إذ لا يتصور أن يخضع الامتياز الوارد على كل أموال المدين لنفس الطبيعة التى يخضع لها الامتياز المقرر على عقار أو منقول معين بالذات . والملحوظ فى هذا الاتجاه هو اجماع الفقهاء على أن الامتياز العقارى الخاص يكسب الدائن حقاً عينياً تبعياً بكافة ما يكفل هذا الحق من سلطات . وبعبارة أخرى أن الامتيازات العقارية الخاصة هى رهون قانونية شأنها شأن الرهن الرسمى تماماً .

ويظهر الخلاف بين الفقهاء بشأن حقوق الامتياز العامة التى يتحدد وعاؤها بجميع أموال المدين العقارية والمنقولة . فاتجه البعض إلى اعتبارها حقوقا عينية (بودان ونواران جـ ١٣ فقرة ٢٩٢ — ديروبيه « طبيعة حق المستأجر والتفرقة بين الحقوق العينية والشخصية » رسالة من تولوز سنة ١٩٥٢ فقرة ٣٥٣ وما بعدها — بوبلانسكى طبيعة الامتياز فى القانون المدنى الفرنسى رسالة من بوردو سنة ١٩١٣ ص ٢٩٨ وما بعدها) . وقال البعض الآخر بأنها حقوق عينية إذا باشرها الدائن على عقار ، وأنها تعتبر مجرد أوصاف تلحق الالتزام إذا باشرها الدائن على المنقولات . (بودرى لاكنتنرى جـ ١ ص ٢٧٣ — أوبرى ورو جـ ٣ ص ١١٢) . والواقع أن الامتيازات العامة لا ترد على شىء مادى معين بالذات ، وبالتالى فهى لا تربط حق الدائن بشىء معين . ومن ثم لا يجوز القول بأنها حقوق عينية ، وإنما هى مجرد أوصاف تلحق بعض الديون تتكفل لها أفضلية فى الاستيفاء على غيرها من الديون . (أنظر فى هذا المعنى روبينو المرجع السابق ص ١٠٨) . —

١١١ - تعريف الامتياز:

يعرف التقنين المدنى حق الامتياز فى نص المادة ١١٣٠/١ بأنه أولوية يقررها القانون لحق معين مرعاة منه لصفته .

وأول ما يلاحظ على هذا التعريف أنه أغفل الإشارة إلى أن الدائن المزود بامتياز يكتسب حقاً عينياً على المال المحمل به . بل استعان فى التعريف الذى أخذ

= أما حقوق الامتياز الخاصة التى ترد على المنقول فهنا نجد أن الفقه السائد لايقر الطبيعة العينية لهذه الحقوق . بل وينعقد اجماع هذا الاتجاه الفقهى على أن الامتياز الخاص الوارد على المنقول والذى يستند إلى فكرة الرهن الضمنى يكفل للدائن حقاً عينياً تبعياً ، ومثال ذلك امتياز مؤجر العقار . ولكن يظهر الخلاف بالنسبة للامتيازات المنقولة الخاصة التى لاتستند إلى الاعتبار المتقدم ، وذلك كامتياز بائع المنقول مثلا — (راجع فى تفصيل ذلك أوبرى ورو ج ٣ فقرة ٢٥٦ وما بعدها — بلانيول الطبعة الأولى ج ٢ فقرة ٢٥٨٤) .

٢ — وهناك اتجاه فقهى آخر يرمى إلى توحيد طبيعة حقوق الامتياز . على أن هذا الاتجاه التوحيدى يسير فى طريقين مختلفين .

فالبعض يرى أن حقوق الامتياز باختلاف أنواعها ترتب لأصحابها حقوقاً عينياً . وهذا هو التصوير الذى دافع عنه بوبلافكس « طبيعة الامتياز فى القانون المدنى الفرنسى » رسالة من بوردو سنة ١٩١٣ — بودان وفواران ج ١٣ فقرة ٢٩٢ ومابعدها .

والبعض الآخر ينكر بصفة مطلقة الطبيعة العينية لحقوق الامتياز ، ويرى توحيد طبيعتها على أساس أن حقوق الامتياز هى صفات تلتصق ببعض الديون فتكفل الاخلال بقاعدة المساواة بين الدائنين . أنظر فى هذا المعنى بونكاز الملحق لمطول بودرى ج ٥ فقرة ٧٣ ، ص ٤٣٧ — ٥١٠ ، والموجز فى القانون المدنى ج ٢ فقرة ٨٨٠ وما بعدها — أنظر أيضاً روبينو المرجع السابق ص ١٢٣ وما بعدها . وبصفة خاصة ص ١٣١ .

ويبدو لنا أن أفضل هذه الاتجاهات هو الاتجاه الأول الذى يذهب إلى تنوع طبيعة حقوق الامتياز وفقاً لوعاء الأفضلية . فالامتياز العام لايكسب الدائن حقاً عينياً لأنه لايرد على مال معين بالذات وإنما يشمل جميع أموال المدين . وكذلك الحال أيضاً بالنسبة للامتياز على الديون لأنه يرد على حقوق شخصية ، وقد أشرنا فى المتن إلى عدم جواز تقرير الحق العينى على الحقوق . وإنما مناط وجود الحق العينى هو تقريرها على أشياء مادية معينة . ومن هنا نرى أن كل الامتيازات الخاصة العقارية والمنقولة تكسب الدائن حقوقا عينية على الكيان الاقتصادى للأموال المقررة عليها .

به ، بالسلطة التى يزود بها الدائن ، وهى استيفاء الدين من المقابل النقدى للمال الذى يرد عليه الامتياز بالأولوية التى يحددها القانون .

وفى هذا الاتجاه يظهر حرص المشرع على عدم اتخاذ موقف من طبيعة الامتياز ، لاسيما وأنها قد أثارت الخلاف بين الفقهاء على النحو المتقدم بيانه . ولعل مسلك التقنين المدنى الجديد فى هذا الصدد ،أقرب إلى وظيفة التشريع ، مادام قد وضع احكاما مفصلة تكفل بيان حقوق الدائنين أصحاب الحقوق الممتازة .

هذا التعريف يصدق على إطلاقه بالنسبة إلى الامتياز العام المقرر على جميع أموال المدين ، فهو يقتصر فقط كما تقدم البيان على تمكين الدائن المزود به من الإفلات من قاعدة المساواة بين الدائنين .

أما الامتيازات الأخرى ، وحيث ترد على أشياء مادية معينة بالذات ، فيمكن بصددها القول بأنها تكسب الدائن حقا عينيا على محل الامتياز . هذا الحق يخول لصاحبه استيفاء الدين من المقابل النقدى لشىء معين بالذات ، ويكفل له تتبعه بالقدر الذى يتلاءم مع قاعدة الحيازة فى المنقول سند الحائز على النحو الذى سنبينه فى دراسة حقوق الامتياز المنقولة .

٢١٢ - أساس تقرير حقوق الامتياز :

هناك اعتبارات مختلفة أملت على المشرع تقرير حقوق الامتياز ، وإيثار بعض الديون دون الأخرى بأفضلية تكفل للدائن استيفاء هذه الديون قبل غيرها .

وتأتى العدالة فى طليعة هذه الاعتبارات . فهناك صور نجد فيها الدائن مثلا قد يدخل فى ذمة المدين أموالا جديدة ، أو يحافظ له على أمواله ويصونها من الهلاك . وعندئذ تقضى العدالة بأن الدين، دين الثمن ، أو دين مصروفات الحفظ والصيانة يتمتع بأفضلية فى الاستيفاء على غيره من الديون .

وقد تراعى فى تقرير الامتياز اعتبارات اجتماعية كما هو الحال فى ديون الاجراء . فالأجر هو المورد الوحيد للعامل الذى يواجه به اعباء الحياة . ومن هنا تفضى الاعتبارات الاجتماعية ، فضلا عن الاعتبارات الانسانية ، إلى تمكين العمال من استيفاء حقوقهم بأوفر الضمانات وأقواها .

وقد يكون الصالح العام هو الاعتبار الاساسى فى تقرير الامتياز ، وهو الاعتبار الملحوظ بصفة خاصة فى امتياز الدولة ضمانا لاستيفاء المستحق للخزانة العامة .

ويمكن القول إن العدالة والاعتبارات الاجتماعية والصالح العام هى مجموعة الأسباب التى تنفرد أو تتفاعل لتملى على المشرع تقرير الامتياز لصالح بعض الديون . ومن هنا يقال دائما إن الامتياز يمنح للدائن بسبب صفة أو اعتبار فى الدين .

بل وإن هذه الأسباب المتقدمة هى التى تدخل فى تقدير المشرع ايضا وهو بسبيل ترتيب حقوق الامتياز . وتقديم بعض الديون على الأخرى . وهو ماسنبينه فى دراستنا المفصلة للأحكام الخاصة لحقوق الامتياز ومراتبها .

وقد رأى المشرع أن هذه الأسباب المجردة تبرر معاملة خاصة لبعض الديون. ومن هنا ترجم عن هذه المعاملة فى صياغة قانونية تكفل للدائن الافلات من قاعدة المساواة بين الدائنين بمناسبة الدين الممتاز .

هذه الأفضلية التى يكفلها الامتياز تختلف وفقاً لطبيعة الأموال الواردة عليها. فهى تارة تكون فى صورة امتياز عام يرد على أموال المدين جميعها دون تحديد لمال معين بالذات . وتارة أخرى تزود الدائن بحق عينى تبعى على عقارات أو منقولات مادية معينة بالذات .

يبين من كل ماتقدم أن الامتياز حق يتأسس من الوجهة المجردة على أسس العدالة والاعتبارات الاجتماعية والصالح العام . ويتحقق من الوجهة القانونية

فى شكل افضلية عامة على كل أموال المدين ، أو حق عينى تبعى على أموال معينة بالذات .

٢١٣ - الامتياز ضمان قانونى يحتكر المشرع تقريره :

من الأسس القانونية المستقرة أن حق الدائن لا يزود بامتياز إلا بمقتضى نص فى القانون (م ١١٣٠ / ٢) .

هذا الحكم لا مجال للتوسع فى تفسيره ، ولا يجوز القياس بشأنه . فالمشرع وحده هو الذى يتخير الديون الممتازة على النحو المتقدم بيانه . وبالتالى يمتنع على القضاء أن يمنح امتيازا لدين معين ، ولا يعتد باتفاق الأفراد على إعتبار حق الدائن ممتازا (١) . وليس من سبيل أمامهم ، لتقرير ضمانات عينية خاصة ، إلا الاستعانة بالأدوات الاتفاقية التى تكفل المشرع بتنظيم أحكامها ، فى الرهن بنوعيه الرسمى والحيازى .

والمشرع إذ يحتكر تقرير حقوق الامتياز ، يستجيب فى ذلك إلى اعتبارات تتصل بصفة تقوم فى الدين الممتاز ، ويقدر على ضوئها أنه جدير بالأولوية فى استيفائه .

٢١٤ - مفهوم الامتياز بين التخصيص والتعميم :

يرتد تنوع وعاء الامتياز إلى تنوع الاعتبارات التى تملى على المشرع تقرير الصفة الممتازة للدين .

---

(١) أنظر نقض مدنى ٥ مايو ١٩٥٥ منشور فى مجموعة أحكام النقض السنة السادسة عدد ٣ ص ١١٠٩ . وقد أنكر هذا الحكم على الأفراد الحق فى تقرير امتياز لم يرد عنه نص فى القانون . وتتلخص وقائع الدعوى التى طعن فى الحكم الصادر فيها بالنقض ، فى أن شخصاً باع عقاراً للغير ، واشترط احتفاظه بجزء من العين المبيعة على سبيل الايجار ، وتم الاتفاق على اعتبار حق المستأجر (وهو البائع) فى نفاذ الايجار حقاً ممتازاً ، مضموناً بالعقار المبيع .

فقد يكون الدين مرتبطا بشيء معين بالذات فى ذمة المدين . وعندئذ تقتضى العدالة أن يرد الامتياز على هذا الشيء ، وأن يقتصر عليه دون غيره ، حماية لحقوق الدائنين الآخرين . من ذلك مثلا مصروفات حفظ المنقول وصيانته ، أو ثمن بيع المنقول أو العقار ، فإن مثل هذه الديون ترتبط باشياء معينة بالذات . هنا يتحدد وعاء الامتياز بالشيء الذى انفقت عليه المصروفات أو الشيء المبيع . ولا يمتد إلى غيره من الأموال حتى لا يضار الدائنون الآخرون للمدين .

وقد يستند الامتياز المقرر لصالح الدين على اعتبارات اجتماعية وانسانية عامة تتوافر فى شخص الدائن بالنسبة لديون معينة . ومن ذلك مثلا ديون الاجراء وأصحاب النفقات . وهنا لا يتصور تركيز الامتياز فى شيء أو اشياء معينة بالذات ، بل إن طبيعة تقريره تقتضى شموله لأموال المدين كلها دون تفرقة بين عناصرها .

ولعل المثال الطريف الذى يجمع بين تخصيص الامتياز وتعميمه على النحو المتقدم هو امتياز الخزانة العامة . فهو تارة يتخصص فى أموال معينة بالذات ، إذا كان دين الخزانة مستحقا بمناسبة هذه الأموال . ومثال ذلك امتياز ضريبة الاطيان أو العقارات المبنية الذى يتقرر على العقارات المستحق عليها الضريبة وملحقاتها ، وامتياز الرسوم الجمركية الذى يتقرر على البضائع المستحق عليها الرسوم .

وهو تارة أخرى يكون عاما ، كما هو الحال بالنسبة لامتياز ضريبة الايراد العام . فهى لم تستحق بمناسبة مال معين بالذات ، ومن ثم فهى تتمتع بامتياز على جميع أموال المدين . وهو اخيرا قد يتخصص فى مجموعة معينة من أموال المدين العقارية والمنقولة ، ومثال ذلك امتياز رسم الاولوية على التركات ، الذى يتقرر على نصيب كل وارث فى التركة فى حدود ماهو مطلوب منه .

٢١٥ - اختلاف أحكام حقوق الامتياز بحسب أنواعها :

ليس من اليسير أن نجمع فى صعيد واحد الأحكام التى تخضع لها حقوق الامتياز ، فهى تختلف وتتعدد حسب نوع الدين الممتاز ، ووعاء الأفضلية الذى يستوفى منه هذا الدين . فلكل دين . اعتبار خاص لدى المشرع ، أفضى إلى تمكين الدائن به من استيفائهمقدماً على غيره من الدائنين . ولكل دين أيضاً وعاء أفضلية ينحصر فيه مباشرة حق الامتياز ، وقد انفرد القانون وحده بتحديده . هذا الوعاء تارة يكون عاماً يشمل جميع أموال المدين ، وأخرى يتخصص فيرد على مجموعة معينة منها ، وهو فى هذا الصدد قد يتناول مجموعة أموال منقولة أو عقارية . وأخيراً قد يتحدد هذا الوعاء بمنقول أو عقار معين بالذات .

هذا الاختلاف فى صفة الدين الممتاز ، وذلك التعدد فى وعاء الأفضلية الذى يرد عليه الامتياز ، يجعل من العسير محاولة وضع نظرية عامة جامعة تصدق على هذا النظام من نظم التأمينات العينية .

ولعله من الأوفق ، فى بحث هذا التأمين القانونى ، أن نقنع ببيان بعض الأسس العامة ، ونرجىء الأحكام الخاصة لبحث كل امتياز على انفراد ، وهو المنهج الذى ارتضيناه لبحثنا ، مؤثرين الاعتبارات العملية التى تجعله مجدياً فى التطبيق ، على الاعتبارات النظرية التى قد تفضى إلى تعقيد الحلول التى ينبغى الأخذ بها .

ويبدو لنا أن خير وسيلة لتقسيم حقوق الامتياز ، ووضع حد فاصل بينها ، هى النظر إلى وعاء الأفضلية الذى يستوفى منه الدين الممتاز . وهو ماتشير إليه المادة ١١٣٢ بقولها « ترد حقوق الامتياز العامة على جميع أموال المدين من منقول أو عقار ، أما حقوق الامتياز الخاصة فتكون مقصورة على منقول أو عقار معين » .

يستفاد من هذا النص إمكان تقسيم الامتيازات إلى حقوق عامة ، وحقوق منقولة خاصة ، وحقوق عقارية خاصة .

حقوق الامتيازات العامة : وهى التى ترد على أموال المدين جميعها ، فتخول الدائن بها استيفاء الدين مقدما على غيره من الدائنين . وقد أشرنا من قبل أن هذه الامتيازات لا يترتب عليها تقرير حق عينى تبعى ، ذلك أن معيار هذا الحق هو المحل الذى يرد عليه ، فيجب أن يكون شيئاً ماديا معينا بالذات . أما هنا فمسئولية المدين تبقى شخصية غير محددة بمال معين ، ولا يظهر أثر الامتياز إلا عند التنفيذ . حينئذ تبرز صفة الدين الممتاز ، فتخول الدائن أن يفلت من قاعدة المساواة التى تحكم سعى الدائنين إلى أموال المدين . وهو يستطيع أن يستفيد من هذا الامتياز ، أياً ما كانت طبيعة المال محل التنفيذ ، فقد يكون عقاراً أو منقولا ، بل وقد يكون ديناً مستحقاً للمدين لدى الغير ، ويجرى التنفيذ فى هذه الصورة عن طريق حجز ما للمدين لدى الغير (١) .

---

(١) راجع جان ديروبى « طبيعة حق المستأجر والتفرقة بين الحقوق العينية والشخصية » رسالة من تولوز ١٩٥٢ ص ٤٠٠ ، حيث يرى المؤلف أن طبيعة الامتياز تختلف حسب اختلاف المال الذى يرد عليه ، فاذا وقع التنفيذ على شىء مادى كنا بصدد حق عينى ، وإذا كان التنفيذ على مال معنوى كدين مستحق للمدين لدى الغير ، فهنا يكون الحق شخصياً . وفى هذا الشأن يقارب المؤلف بين حق الامتياز العام ، وحق أى دائن عادى فى الضمان العام عند التنفيذ على أموال المدين . وهو يتجه فى هذا السبيل إلى أن الضمان العام فى ذاته حق ذو طبيعة متغيرة ، فاذا ورد التنفيذ على شىء مادى مملوك للمدين كان حق للدائن على هذا المال عينياً (أنظر فقرة ٣٣٩ وما بعدها). وفى تقديرنا أن هذا الاتجاه يفضى إلى الاسراف فى نطاق الحقوق العينية على نحو يجانب الصواب ، إذ لا ينبغى تحديد معياره فى الفترة اللاحقة على التنفيذ ، وإنما العبرة بالوقت الذى يكون المدين فيه حراً فى مباشرة كافة سلطات المالك على أمواله ، فى هذه الفترة يتحدد نطاق الحق العينى . فاذا تقرر هذا الحق لدائن على شىء مادى معين بالذات ، يترتب عليه الانتقاص من سلطات المالك . فهو يخول الدائن أن يستوفى دينه من المقابل النقدى لهذا الشىء ، وبذلك يقصى مزاحمة الدائنين الآخرين . ويجيز له أن يتعقب هذا المال إذا تصرف فيه المدين إلى الغير ، لأن الغير يتلقى ملكية محملة بحق الدائن ، الذى يحق له التنفيذ على الشىء ، تحت يد =

ولعل خير تكييف قانونى يمكن الأخذ به فى الامتياز العام ، هو أنه وصف يلحق الدين ، فيخول للدائن الإفلات من قاعدة المساواة بين الدائنين . وفى هذا الصدد نتفق مع أصحاب الفقه المنـــكر للحقوق العينية التبعية ، وذلك بالنسبة للامتيازات العامة فقط (١) .

ويبدو أن المشرع المصرى قد استجاب إلى هذه الطبيعة الخاصة للامتيازات العامة فيما أورده من أحكام بشأنها . فقد نصت المادة ٢/١١٣٤ على أن حقوق الامتياز العامة ولو كان محلها عقاراً لا يجب فيها الشهر ، ولا يثبت فيهـــا حق التتبع .

يستفاد من هذا النص أن حقوق الامتياز العامة لا تخول تتبع الأموال التى ترد عليها ، وبعبارة أخرى فالدائن المزود بحق امتياز عام لا يراقب المدين فى تصرفاته القانونية التى تتصل بما يملك من منقولات أو عقارات . ولو قيل بغير ذلك لاستطاع الدائن المزود بالامتياز العام ، أن يشل النشاط القانونى لمدينه ، وأن يرد عنه كل شخص يريد التعامل معه .

وقد نص المشرع بشأن الامتياز العام كما تقدم الذكر على أن « حقوق الامتياز العامة ولو كان محلها عقارا لا يجب فيه الشهر ولا يثبت فيها حق التتبع . ولا حاجة للشهر ايضا فى حقوق الامتياز العقارية الضامنة لمبالغ مستحقة للخزانة . وهذه الحقوق الممتازة جميعا تكون أسبق فى المرتبة على أى حق عقارى آخر أو أى حق رهن رسمى مهما كان تاريخ قيده . أما فيما بينها ،

=مالكه الجديد . بل وللدائن أيضاً أن يتربص لمالك الشيء (سواء كان مدينه أو من تلقى ملكيته) يرده عن كل عمل يأتيه ، يكون من شأنه إضعاف الضمان الخاص الذى اكتسبه على هذا الشيء .

(١) راجع ما تقدم فقرة ٢٧ وما بعدها — أنظر أيضاً مقال مكسيم شوفو « التقسيم الجديد للحقوق العينية والشخصية » المجلة الانتقادية للتشريع والقضاء سنة ١٩٣١ ص ٥٩٤ فقرة ٤٠ ، شفيق شحاته فقرة ١٤ . أنظر أيضاً روبينو المربع السابق ص ١٣١ ، بونكاز الملحق لمطول بودرى فقرة ٧٣ .

فالامتياز الضامن للمبالغ المستحقة للخزانة يتقدم على حقوق الامتياز العامة (م ٢/١١٣٤).

يستفاد من النص المتقدم أن الامتياز العام لا يكفل للدائن حق تتبع أموال المدين. وهو حكم منطقى، ذلك أن الامتياز العام كما تقدم البيان، لا يزود الدائن بحق عينى على أموال المدين. وبعبارة أخرى إن حق الدائن لا يتعلق بمال معين بالذات. وإنما تظل مسئولية المدين شخصية غير محددة. وعلى هذا النحو لا يجوز تمكين الدائن من تعقب أموال المدين تحت يد الغير إذ أن خروج هذه الأموال من ذمة المدين يفضى إلى افلاتها من الامتياز العام المقرر للدائن. فالامتياز يستطيع الدائن مباشرته مادام المال مملوكا للمدين، وهو ينقضى بالنسبة إلى هذا المال إذا انتقل إلى يد أخرى غير يد المدين.

ولئن كان الامتياز العام لا يكفل للدائن تتبع أموال المدين باعتبار أنه لا يزوده بحق عينى على هذه الأموال، فإنه مع ذلك يجيز استيفاء حقه بالأفضلية من هذه الأموال، مادامت فى ذمة المدين. وهذا هو ماقصدناه فى دراستنا المتقدمة بأن الامتياز العام هو مجرد أفضلية لدين معين تجيز استيفاءه قبل غيره من الديون. وهى أفضلية مقررة بنص القانون، وتتحدد مرتبتها بنص القانون ايضا.

ولما كانت هذه الأفضلية وثيقة الصلة بالدين ذاته، فهى تتقرر وتنفذ على الدائنين الآخرين، حتى ولو لم يعلموا بوجود الدين الممتاز. بل وقد أطلق المشرع هذه المرتبة فآثرها على حقوق الدائنين المقيدة على العقار. ومن هنا كان نص الفقرة الثانية من المادة ١١٣٤ الذى يقرر بأن الامتيازات العامة تكون أسبق فى المرتبة على أى حق امتياز عقارى خاص أو أى حق رهن رسمى مهما كان تاريخ قيده.

وخلاصة القول مما تقدم أن الامتياز العام وصف فى الدين يكفل الاخلال

بقاعدة المساواة بين الدائنين ، بل ويكفل التقدم على الدائنين اصحاب الحقوق المقيدة على العقار . ولكنه لا يجيز تتبع الأموال تحت يد الغير ، سواء كانت هذه الأموال عقارات أو منقولات .

حقوق الامتياز الخاصة الواقعة على منقول : وهى تشمل كل امتياز يتركز فى منقول أو منقولات معينة بالذات . ويذهب الفقه التقليدى (١) إلى تقسيم هذه الامتيازات إلى عدة مجموعات ، وذلك على النحو الآتى :-

١ - فهناك حقوق امتياز تتأسس على فكرة الرهن الحيازى الضمنى . وهى بهذه المثابة تكفل للدائن الذى يتمتع بها حيازة قانونية ، وتجيز له أن يستند إلى كافة الأحكام الوضعية التى يرتبها المشرع على الحيازة . ويدخل فى حظيرة هذه الامتيازات امتياز مؤجر العقار وامتياز صاحب الفندق ، على النحو الذى سنبينه فى دراسة الأحكام الخاصة بكل امتياز منها على انفراد .

٢ - وهناك حقوق امتياز تتقرر بناء على فكرة المحافظة على الشيء وصيانته . ذلك أن الدائن بالمصروفات التى تقى الشيء من الهلاك أو التلف ، يعتبر صاحب فضل على جميع الدائنين فى الابقاء على الشيء ، وبالتالى فى صيانة الضمان العام . ويدخل فى نطاق هذه الامتيازات ، امتياز من ينفق على المنقول مصروفات حفظ وصيانة ، وامتياز ما يستحق مقابل الآلات الزراعية ، أو ما ينفق نظير اعمال الزراعة والحصاد ، كما سنبين فى موضع بحث هذه الامتيازات .

٣ - وتتأسس بعض الامتيازات على أن الدائن المزود بالامتياز هو الذى أدخل الشيء محل الامتياز فى ذمة المدين . وهو بهذه المثابة يستحق التقدم على سائر الدائنين فى حدود القيمة الاقتصادية لهذا الشيء . وفى طليعة هذه الامتيازات الامتياز المقرر لبائع المنقول ضمانا للوفاء بالثمن ، أو الامتياز المقرر لمن يقدم

---

(١) أنظر بلانيول وريبير وبيكيه ج١٢ فقرة ١٣٩ ومابعدها - كولان وكابيتان ج ٢ فقرة ١٥٠٨

للزارع قروضا للحصول على البذور والسماد وغيرها من مواد التخصيب .

٤ — وفيما عدا ماتقدم تتقرر احيانا حقوق امتياز خاصة على المنقولات وذلك بقوانين خاصة ،ولاعتبارات متنوعة تستعصى على الحصر. من ذلك مثلا حقوق الامتياز البحرية على السفينة ، او امتياز الرسوم الجمركية على البضائع الواردة أو الصادرة .

ويلاحظ مما تقدم أن هذا التقسيم لاسند له من القانون . بل هو محاولة فقهية كانت لها الغلبة فى فرنسا ، على ضوء اعتبارات تاريخية خاصة . وهى بهذه المثابة لا يجوز أن تتخذ اساسا للتفرقة بين مختلف المجموعات المتقدمة من حيث الأحكام الواجب الأخذ بها .

بل وإن المشرع فى مصر لم يفصح عن رغبة واضحة فى التمييز بين انواع حقوق الامتياز الواردة على المنقولات .

وإنما على النقيض من ذلك وضع حكما موحدا فى نص المادة ١١١٣ يصدق عليها كلها . ومنه يتأكد فى نظرنا اتجاه التقنين إلى اعتبار الامتيازات المنقولة الخاصة حقوقا عينية تبعية (١) .

فقد نصت المادة ١١٣٣ فى فقرتها الأولى على أنه « لايحتج بحق الامتياز على من حاز المنقول بحسن نية » وجرى بعض الشراح اعتمادا على حكم مماثل فى القانون الفرنسى على القول بأن الامتيازات المنقولة تقتصر على تمكين صاحب الدين الممتاز من حق التقدم على الدائنين الآخرين .ولكنها تجرده من حق التتبع تحت يد الغير . وهى بذلك تفقد خصيصة أصلية من خصائص الحقوق العينية . ويخلص اصحاب هذا النظر إلى القول بأن الامتياز الواقع على المنقول لا يمنح صاحبه حقا عينيا (٢) .

---

(١) انظر فى هذا المعنى بيدان وفواران ج١٣ فقرة ٢٩١ وما بعدها وبصفة خاصة فقرة ٢٩٦ .
(٢) اوبرى ورو ج٣ فقرة ٢٥٦ — كولان وكابيتان ج ٢ فقرة ١٤٩٢ .

ويبدو لنا أن التحليل المتقدم لا يعتمد على التأصيل القانونى للحق العينى الوارد على المنقول ، بقدر ما يتأثر بالاعتبارات الواقعية التى تعطل مباشرة التتبع فى كثير من الاحيان ، إعمالا لقاعدة أن الحائز حسن النية بسبب صحيح يستطيع أن ينكر حقوق الغير على المنقول .

والواقع أن الامتياز الوارد على منقول يكفل للدائن حق التتبع من الوجهة القانونية والنظرية . والدائن يحق له التتبع ، مادام الحائز سيىء النية ، أو إذا انتقلت اليه حيازة المنقول خلسة أو اغتصابا .

ولكن التتبع يتعطل ويمتنع على صاحب الدين الممتاز أن يباشر الامتياز تحت يد الغير ، إذا كان الغير حسن النية . وهذا هو ما قصدته المادة ١١٣٣ بقولها لا يحتج بحق الامتياز على من حاز المنقول بحسن نية. إذ يستفاد بمفهوم المخالفة من نص هذه المادة جواز التتبع إذا كان الحائز سيىء النية .

ويلاحظ أن نص هذه المادة يتضمن قصوراً فى صياغته ، لأنه أغفل ذكر السبب الصحيح كشرط للاعتصام بقاعدة الحيازة فى المنقول سند الحائز . على أنه ينبغى فى هذا الصدد الاعتداد فى شروط الحيازة بالنص العام الذى ورد فى المادة ٩٧٦ من التقنين المدنى ، بل ونهتدى أيضا بكافة الأحكام التى آخذ بها المشرع فى حيازة المنقول ، وأثره فى إسقاط التكاليف والقيود العينية المقررة عليه .

وفى هذا الشأن تنص المادة ١/٩٧٦ على أنه « إذا كان حسن النية والسبب الصحيح قد توافر لدى الحائز فى اعتباره خاليا من التكاليف والقيود العينية ، فانه يكسب الملكية خالصة منها » .

ويشترط لتطبيق الحكم المتقدم أن يتلقى الحائز ملكية المنقول ، وهو يجهل مايرد عليه من قيد أو تكليف وقت انتقال الحيازة إليه . أما السبب الصحيح

فمعناه هنا أن يكون التصرف القانونى الصادر من مالك المنقول لم يتضمن الإشارة إلى ما يثقل المنقول من قيود وتكاليف عينية . من ذلك مثلا أن يبيع شخص منقولا اشتراه ولم يكن قد دفع ثمنه ، فلا يستطيع البائع الأصلى أن يحتج على المشترى الثانى بامتيازه ، إذا كان المشترى حسن النية وسنعنى ببيان تطبيقات هذه القاعدة عند دراسة كل امتياز على انفراد .

وقد راعى المشرع ما يفضى إليه تطبيق هذه القاعدة من إضرار بالدائنين أصحاب الحقوق الممتازة ، فقرر فى المادة ١١٣٣ / ٢ أنه إذا خشى الدائن لأسباب معقولة ، تبديد المنقول المثقل بحق امتياز لمصلحته ، جاز له أن يطلب وضعه تحت الحراسة . ويخضع تطبيق هذه الحماية لتقدير القاضى الذى ينفرد بفحص جدية الأسباب التى أثارت خشية الدائنين ، وعلى ضوء مايراه يقرر الحراسة على المنقولات محل الامتياز .

أخيراً نشير إلى حكم هام ، ونرجىء تفصيله إلى موضع دراسته ، وهو أن مؤجر العقار ، و صاحب الفندق ، يعتبر كل منهما حائزاً حكميا بنص القانون للمنقولات التى يرد عليها الامتياز (م ١٣٣٣ / ٢١) . هذه الحيازة الحكمية ، التى اصطنعها القانون ، تهدف إلى تمكين مؤجر العقار أو صاحب الفندق من الاعتصام بحسن نيته لرد مطالبة كل من يدعى حقا على المنقولات التى تخضع للامتياز . و بعبارة أخرى يصدق على كل منهما نص المادة ١١٣٣ فى فقرتها الأولى التى تقرر عدم الاحتجاج بحق الامتياز على من حاز المنقول بحسن النية .

بل ويمكن القول طبقا للرأى الراجح فى الفقه والقضاء ، أن مؤجر العقار أو صاحب الفندق إذا توافر لدى أى منهما حسن النية والسبب الصحيح ، فهو يباشر حق امتيازه على المنقول متجاهلا كافة القيود والتكاليف العينية التى ترد عليه (م ٩٧٦ / ٢) .

حقوق الامتياز الواقعة على عقار : هذه الحقوق أشارت إليها المادة ١١٣٤ / ١ بقولها « تسرى على حقوق الامتياز الواقعة على عقار ، أحكام الرهن الرسمى

بالقدر الذى لا تتعارض فيه مع طبيعة هذه الحقوق ، وتسرى بنوع خاص آحكام التطهير و القيد و ما يترتب على القيد من آثار و ما يتصل به من تجديد ومحو » .

يظهر من نص هذه المادة أن حق الامتياز العقارى الخاص لا يختلف عن الرهن الرسمى إلا من حيث مصدره . فهو تأمين مقرر بنص القانون ،ولكنه يخضع لحكم التأمين العقارى الذى يكتسبه الدائن بالرهن الرسمى . على أن ثمت أحكام خاصة تنفرد بها هذه الحقوق ، وتتصل بالتزاحم على الأفضلية ، سنعنى ببيانها فى دراسة كل امتياز على انفراد .

و يعنينا هنا فقط الإشارة إلى أن الدائن المزود بامتياز عقارى خاص يكتسب حقاً عينياً يخول له استيفاء دينه من المقابل النقدى للعقار ، ويجيز له تتبعه فى أى يد يكون .

٢١٦ — الامتياز يتقرر على المقابل النقدى للمال المحمل به :

نصت المادة ١١٣٥ على أنه « يسرى على الامتياز مايسرى على الرهن الرسمى من أحكام متعلقة بهلاك الشيء أو تلفه » .

يستفاد من هذا الحكم أن المشرع قد ربط حق الدائن بالمقابل النقدى للمال المحمل بالامتياز . فاذا هلك أو تلف و استحق عنه مبلغ تأمين أو تعويض عن المسئولية ، أو مقابل نزع ملكية العقار للمنفعة العامة ، فإن الدائن يباشر الأفضلية على هذا المقابل النقدى ، تطبيقاً لحكم الإحالة إلى نص المادة ١٠٤٩ فى باب الرهن الرسمى (١) .

وقد تأكد هذا الحكم بالنسبة لعوض التأمين فى المادة ٧٧٠ ، التى تنص فقرتها الأولى على أنه « إذا كان الشيء المؤمن عليه مثقلا برهن حيازى أو رهن تأمينى أو غير ذلك من التأمينات العينية انتقلت هذه الحقوق إلى التعويض المستحق للمدين بمقتضى عقد التأمين .

ويلاحظ أيضا أن المادة ١١٣٥ أخضعت هلاك محل الامتياز إلى نص المادة

---

(١) راجع ما تقدم فقرة ٩٠ وما بعدها .

١٠٤٨ في باب الرهن الرسمي . فاذا كان الهلاك بخطأ المدين يكون الخيار للدائن بين استيفاء الدين أو المطالبة بتقديم تأمين آخر . و إذا وقع الهلاك بسبب أجنبي ، يترك للمدين الخيار بين التعجيل بوفاء الدين أو تقديم ضمان آخر(١)

وفي تقديرنا أن هذا الحكم لا يصدق على الامتياز العام . وذلك أن حق الدائن المزود بامتياز عام لا يتركز في مال معين بالذات ، بل ينصب فقط كما قدمنا على أولوية في استيفاء الدين عند التنفيذ وبهذه المثابة تظل مسئولية المدين أمام الدائن قبل التنفيذ ، مسئولية شخصية غير محددة .

٢١٧ – تحديد مرتبة الامتياز :

نصت المادة ١١٣١ على ما يأتي «١– مرتبة الامتياز يحددها القانون ، فاذا لم ينص صراحة في حق ممتاز على مرتبة امتيازه ، كان هذا الحق متأخرا في المرتبة عن كل امتياز ورد في هذا الباب .

٢ – وإذا كانت الحقوق الممتازة في مرتبة واحدة ، فانها تستوفى بنسبة قيمة كل منها مالم يوجد نص يقضي بغير ذلك.» .

يستفاد من نص هذه المادة أن الضابط الوحيد لتحديد مرتبة الامتياز هو الرجوع إلى النصوص التشريعية. فهي وحدها التي تملك وضع الدين الممتاز في المرتبة التي تكفل استيفاءه من المقابل النقدي للاموال المحمل بها الامتياز ، قبل غيره من الديون .

والأصل في تحديد هذه المرتبة مراعاة صفة الدين الممتاز . والمشرع وحده هو الذي يحتكر تقدير هذه الصفة . فهو الذي يقرر متى يكون الدين ممتازا ، وهو الذي يضع الدائن صاحب الامتياز في المرتبة القانونية بين مختلف الدائنين أصحاب الحقوق المفضلة .

على ضوء ما تقدم عنيت المادة ١١٣١ بوضع الأسس العامة لتحديد مرتبة الامتياز . وفيما يلي نجمل القول فيها ، ونرجىء التفصيل إلى الفصل المقبل المخصص لدراسة مختلف الامتيازات كل منها على انفراد :—

---

(١) راجع ماتقدم فقرة ٧٠، ١٢٩ .

١ – إذا لم يرد نص صريح يحدد مرتبة الحق الممتاز ، فهو يتأخر عن كل حقوق الامتياز التى جاءت فى الباب الاخير المخصص لها فى التقنين المدنى .

وبهذه المثابة إذا أغفل المشرع تحديد مرتبة الامتياز الوارد فى نص قانون خاص أو الامتياز المقرر فى نص آخر فى التقنين المدنى غير الباب الأخير ، فهو يأتى فى المؤخرة بعد حقوق الامتياز العامة ، وحقوق الامتياز الخاصة الواقعة على المنقول والعقار .

* ويلاحظ فى هذا الصدد أن تقرير الامتياز فى القوانين الخاصة يقترن فى الغالب من الأمر بتحديد مرتبته .

٢ – تخضع الامتيازات العقارية الخاصة لنظام الشهر عن طريق القيد (م ١١٣٤/١) ومن ثم تتحدد الأفضلية التى بين الدائنين أصحاب الحقوق المقيدة على العقار حسب الأسبقية فى القيد ، وقد يتحقق هذا التزاحم بين الدائنين المرتهنين وأصحاب حقوق الاختصاص ، والامتيازات العقارية الخاصة . على أن هناك بعض استثناءات تخل بضابط الأسبقية فى القيد ، وقد سبق لنا الاشارة اليها فى دراسة التزاحم على الأفضلية فى باب الرهن الرسمى . وسنعود إليها مرة أخرى فى المبحث المخصص للامتيازات العقارية الخاصة .

٣ – يراعى بالنسبة لحقوق الامتياز المنقولة الخاصة أن المرتبة التى يحددها لها القانون قد لا تفيد صاحبها ، إذا اصطدم حقه بحائز للمنقول توافر لديه حسن النية والسبب الصحيح (م ١١٣٣) . وسنرى فى دراستنا لمختلف هذه الحقوق أثر الحيازة على الاخلال بالترتيب القانونى لامتياز من أنفق مصروفات الحفظ والصيانة ، وامتياز مؤجر العقار ، وبائع المنقول .

٤ – حقوق الامتياز العامة لا يجب فيها الشهر ولو كان محلها عقارا (م ١١٣٤) . وهذا حكم طبيعى ، باعتبار أن الامتيازات العامة ، كما مضت الاشارة ، لا يتركز فيها حق الدائن على مال معين بالذات . وإنما تظل مسئولية المدين شخصية غير محددة . ولا يظهر حق الأفضلية إلا عند التنفيذ على المال .

وقد أكد المشرع حق الأفضلية عند التنفيذ على العقار ، وآثر صاحب الامتياز العام ، رغم عدم خضوعه للشهر ، على الدائنين أصحاب الحقوق المقيدة على العقار ، كالدائن المرتهن أو الدائن صاحب الامتياز العقارى الخاص .

ولانرى مبررا لإغفال تفضيل الامتياز العام على صاحب حق الاختصاص. والغالب من الأمر أن المشرع عنى بصور التأمينات العقارية الخاصة المألوفة وهى الرهن الرسمى والامتياز الخاص . ويبدو لنا وجوب تقديم الامتياز العام على حق الاختصاص ايضا لاتحاد العلة .

ولئن كان المشرع حريصا على تأكيد حق الأفضلية بالنسبة للامتيازات العامة ، فهو ينكر على أصحابها سلطة التتبع . فاذا انتقل مال المدين ، عقارا كان أو منقولا ، إلى يد الغير ، فلا يجوز عندئذ تعقب المال ومباشرة الامتياز تحت يد الغير . وهو ما سنبينه فى الدراسة المخصصة للامتيازات العامة .

٤ ــ اخيرا حسمت الفقرة الثانية من المادة ١١٣١ تزاحم الديون الممتازة التى تحتل مرتبة واحدة . فقضت باستيفائها بنسبة قيمة كل منها ، ومن ذلك مثلا تزاحم مؤجر العقار مع صاحب الفندق على بعض المنقولات ، اذ يستوفى كل منهما دينه بنسبة مقداره إلى هذه المنقولات . وسنعرض لمراتب الامتياز المتساوية فى دراستنا الخاصة بكل امتياز على انفراد .

٢١٨ - انقضاء الامتياز :

نصت المادة ١١٣٦ على أن « ينقضى حق الامتياز بنفس الطرق التى ينقضى بها حق الرهن الرسمى وحق رهن الحيازة ووفقاً لاحكام انقضاء هذين الحقين مالم يوجد نص خاص يقضى بغير ذلك » .

راعى المشرع أن الامتياز يرد تارة على عقار وأخرى على منقول . ومن هنا أحال بشأن انقضائه إلى أحكام الرهن الرسمى تارة ، وإلى أحكام الرهن الحيازى تارة أخرى .

وتشترك حقوق الامتياز جميعها العامة منها والخاصة فى أنها تنقضى تبعا لانقضاء الدين الذى تضمن الوفاء به .

وتنفرد الامتيازات العقارية الخاصة بخضوعها لأسباب الانقضاء الأصلية التى يزول بها الرهن الرسمى . وتختص الامتيازات المنقولة الخاصة بجواز انقضائها وفقاً للأحكام التى يزول بها الرهن الحيازى . ونقنع فى هذا الصدد بدراستنا السابقة لأسباب انقضاء الرهن الرسمى والحيازى .

ونلاحظ اخيرا أن الامتيازات العامة تأبى طبيعتها الخضوع إلى أسباب انقضاء أصلية ، ذلك آن حق الدائن المزود بها لا يتركز فى مال معين بالذات . بل تكون مسئولية المدين شخصية غير محددة . وعلى هذا النحو لا يتأثر حق الدائن بهلاك مال أو آخر ، مادام فى وسعه الاشتراك فى أى اجراء للتنفيذ ، وهو يتمتع عندئذ بالأولوية فى استيفاء دينه من المال محل التنفيذ .

الفصل الثانى

الاحكام الخاصة بكل امتياز

٢١٩ – تحديد دراستنا بحقوق الامتياز الواردة فى التقنين المدنى إشارة لأهم الامتيازات المقررة فى قوانين خاصة :

نعالج فى هذا الفصل الأحكام الخاصة بكل امتياز على انفراد . ونقصر نطاق بحثنا على حقوق الامتياز التى وردت فى التقنين المدنى .

وغنى عن البيان أن هناك حقوق امتياز أخرى وردت فى تقنينات أخرى أو فى تشريعات خاصة . وهى التى أشارت اليها المادة ١١٣٧ بقولها أن « الحقوق المبينة فى المواد الآتية تكون ممتازة إلى جانب حقوق الامتياز المقررة بنصوص خاصة » .

وفى هذا الشأن تتعدد وتتفرق النصوص الخاصة المقررة للامتياز . والمكان الطبيعى لدراستها ، هو الموضوع الذى تقرر الامتياز بمناسبته .

ففى القانون التجارى مثلا تنص المادة ٨٥ على أن للوكيل بالعمولة حق امتياز على البضائع المرسلة أو المسلمة اليه أو المودعة عنده بمجرد الارسال أو الايداع أو التسليم . وله ايضا حق حبسها ويقدم على غيره فى استيفاء المبالغ التى أقرضها او دفعها سواء كان قبل ارسال البضائع أو استلامها أو فى أثناء وجودها فى حيازته . وتدخل فى المبالغ الممتازة المستحقة للوكيل الفوائد والعمولة والمصاريف فضلا عن أصل الدين (١) .

---

(١) انظر فى تفصيل هذا الامتياز على البارودى دروس فى العقود التجارية ص ٦٣ ومابعد ها

وفى القانون البحرى نصت المادة الأولى ومابعدها من القانون رقم ٣٥ لسنة ١٩٥٥ الخاص بحقوق الامتياز والرهون البحرية ، على حقوق الامتياز التى ترد على السفينة (١) .

وفى نطاق قانون العمل تنص المادة ٨ من القانون ٩١ لسنة ١٩٥٩ على أن يكون للمبالغ المستحقة للعامل أولمن يستحقون عنه بمقتضى أحكام هذا القانون امتياز على جميع أموال المدين من منقول وعقار ، وتستوفى مباشرة بعد المصروفات القضائية والمبالغ المستحقة للخزانة العامة ومصروفات الحفظ والترميم . كما تنص المادة ١٠٥ من القانون رقم ٩٢ لسنة ١٩٥٩ الخاص بالتأمينات الاجتماعية على أنه « يكون للمبالغ المستحقة للمؤسسة (مؤسسة التأمينات الاجتماعية) بمقتضى أحكام هذا القانون امتياز على جميع أموال المدين من منقول وعقار . وتستوفى مباشرة بعد المصروفات القضائية » . وواضح من نص هذه المادة أنها تقرر امتيازا عاما لضمان استيفاء المبالغ المستحقة لمؤسسة التأمينات الاجتماعية بموجب أحكام هذا القانون ، ومن ذلك مثلا الاشتراكات الشهرية التى يؤديها صاحب العمل بواقع ٣٪ من أجور عماله . وهو امتياز يرد على جميع أموال المدين المنقولة والعقارية ، ويتأخر فى المرتبة عن امتياز المصروفات القضائية ، ولكنه يتقدم على امتياز المبالغ المستحقة للخزانة العامة .

وفى نطاق عقد التأمين بصفة عامة تنص المادة ٢٤ من القانون رقم ١٥٦ لسنة ١٩٥٠ الخاص بالرقابة والاشراف على هيئات التأمين وتكوين الأموال على امتياز المبالغ المستحقة للمؤمن على حياتهم على أموال هيئات التأمين .

كذلك نصت المادة ٥٠ من القانون رقم ٩٦ لسنة ١٩٥٧ بشأن المحاماة أمام المحاكم ، على امتياز اتعاب المحامى على ما آل للموكل فى النزاع موضوع التوكيل . وهو امتياز يلى فى المرتبة الأحوال المنصوص عليها فى المادتين ١١٣٨ ، ١١٣٩ مدنى

---

(١) انظر فى دراسة هذه الامتيازات مصطفى كمال طه الموجز فى القانون البحرى الطبعة الاولى ص ١٤٨ وما بعدها

وهى امتياز المصروفات القضائية والخزانة العامة) . ولا يجوز أن يمس هذا الامتياز الحقوق العينية المسجلة قبل رفع الدعوى أو تقديم طلب التقدير.

وهناك أيضا امتيازات تقررت لصالح بنك التسليف الزراعى والتعاونى سنشير اليها فى دراستنا لامتياز مصروفات الزراعة.

ونلفت النظر كذلك بشأن الضرائب والرسوم الجمركية أن التشريعات الخاصة قد تناولت أحكام الامتيازات المقررة ضمانا للوفاء بها وسنعالجها فى بحثنا المخصص لامتياز الخزانة العامة .

ويلاحظ أن المشرع ، كما مضت الاشارة ، يقرر عادة المرتبة التى يتمتع بها الامتياز الوارد فى نص خاص . فاذا أغفل ذكر المرتبة ، فهنا يأتى هذا الامتياز فى المؤخرة بعد حقوق الامتياز العامة والخاصة التى وردت فى الباب الاخير من التقنين المدنى (م ١١٣١ / ١ مدنى).

٢٢٠ — الامتياز على الديون :

تختلف حقوق الامتياز من حيث طبيعتها حسب المال الذى ترد عليه . ولعل أكثر هذه الحقوق تميزا بطابع خاص ، هى تلك التى ترد على الديون ومقتضاها أن يستوفى الحق الممتاز ، مفضلا عن غيره ، من دين يستحق للمدين فى ذمة الغير. مثال ذلك امتياز المقاول من الباطن والعمال على المبالغ المستحقة للمقاول الأصلى فى ذمة رب العمل .

وهنا تعرض المشكلة الدقيقة، بشأن تمكين الدائن من الأداة القانونية التى بمقتضاها يستطيع أن يباشر حقه فى مواجهة مدين المدين . فتارة يسعى إليه بدعوى مباشرة يكفلها له القانون ، مما أدى ببعض الفقهاء إلى القول بأن الامتياز على الدين يختلط بالدعوى المباشرة . وتارة أخرى يتحقق هذا السعى بحجز ما للمدين لدى الغير ، وعندئذ يباشر الدائن المزود بالامتياز الأفضلية التى قررها له القانون .

ونحن إذ نقنع بالإشارة إلى هذا النوع من الامتياز، نرجىء البحث فيه إلى

دراستنا لنظام الدعوى المباشرة فى الجزء الثانى من هذا الكتاب . ذلك أن الإحاطة بالامتياز على الدين ، تقتضى التقريب بينه وبين الدعوى المباشرة ، حتى يتيسر تحديد نطاق تطبيق كل منهما (١) .

٢٢١ – تقسيم :

على ضوء التحديد السابق لنطاق دراستنا ، نعالج فيما يلى أحكام الامتيازات الواردة فى التقنين المدنى ، وسنترسم فى دراستها الترتيب الذى جاءت به قدر المستطاع .

فقد آثرنا أن نميز بينها من حيث الوعاء الذى ترد عليه. فهناك امتياز يتسع وعاؤه ليشمل جميع أموال المدين ، وهناك امتيازات تتركز فى منقول أو عقار معين بالذات . بل نجد بعض الامتيازات يتنوع وعاؤها ، فهى تارة عامة شاملة لأموال المدين كلها ،وأخرى خاصة مستقرة على منقول أو عقار معين .

وعلى هذا النحو تنقسم دراستنا إلى المباحث الآتية : —

١ — المبحث الأول : فى الامتيازات ذات الوعاء المتغير .

٢ — المبحث الثانى : الامتيازات العامة .

٣ — المبحث الثالث : الامتيازات المنقولة الخاصة .

٤ — المبحث الرابع : الامتيازات العقارية الخاصة .

---

(١) انظر فى هذا الموضوع ديبراى « الامتياز على الديون والدعاوى المباشرة » رسالة من باريس ١٩٢٨ – روبينو « الامتيازات والاسباب الاخرى للافضلية على الديون » رسالة من بوردو ١٩٥٠ – انسكلوبيدى داللوز « الدعاوى المباشرة » جـ ١ ص ١١٢ وما بعدها

المبحث الاول

الامتيازات ذات الوعاء المتغير

٢٢٢ – المقصود بالوعاء المتغير :

نقصد بالوعاء المتغير أن الامتياز لا يتركز فى أموال محددة بالذات بصفة دائمة . وإنما يتنوع الوعاء الذى يرد عليه الامتياز وفقاً لاختلاف الدين . فتارة يتسع ليشمل أموال المدين كلها ، وتارة أخرى يضيق ليقتصر على أموال معينة بالذات ، سواء كانت عقارات أو منقولات . ويدخل فى نطاق هذا الطراز من الامتيازات ، امتياز المصروفات القضائية ، وامتياز المبالغ المستحقة للخزانة العامة .

وسنخصص الفقرت التالية لدراسة كل امتياز منها. ونبدأ بامتياز المصروفات القضائية ، وهو الذى جاء فى الطليعة بين الامتيازات التى يقررها التقنين المدنى . ثم نعالج امتياز المبالغ المستحقة للخزانة العامة . وسيتضح لنا من هذه الدراسة تنوع الوعاء الذى يضمن الوفاء بهذه الديون .

٢٢٣ – امتياز المصروفات القضائية :

نصت المادة ١١٣٨ على أن « المصروفات القضائية التى أنفقت لمصلحة جميع الدائنين فى حفظ أموال المدين وبيعها ، لها امتياز على ثمن هذه الأموال . وتستوفى هذه المصروفات قبل أي حق آخر ، ولو كان ممتازا أو مضمونا برهن رسمى بما فى ذلك حقوق الدائنين الذين أنفقت المصروفات فى مصلحتهم .

وتتقدم المصروفات التى أنفقت فى بيع الأموال على تلك التى أنفقت فى اجراءات التوزيع » .

على ضوء ما جاء فى هذا النص ، نتناول بالبحث الديون الممتازة ، ومحل الامتياز ، والمرتبة التى يتمتع بها .

الديون الممتازة : المقصود بالديون الممتازة هى كل المبالغ التى تنفق فى المطالبة القضائية ، أو فى اتخاذ كافة الاجراءات اللازمة للمحافظة على أموال المدين ، أو التنفيذ عليها بقصد بيعها ، أو تصفيتها ، وتوزيع ثمنها بين الدائنين .

والعبرة فى تحديد هذه الديون ، هو انفاق المبالغ لتحقيق مصلحة جماعية للدائنين ، حتى ولو أخفق من أنفقها فى إدراك الهدف الذى يرمى إليه. أما ماينفق لإدراك منفعة خاصة فيخرج من نطاق هذا الامتياز ، ومن ذلك مثلا ماينفقه الدائن فى سبيل الحصول على حكم ضد المدين ، يلزمه باداء المستحق فى ذمته .

ويدخل فى نطاق الديون الممتازة ، تطبيقاً للمعيار المتقدم ، وعلى سبيل المثال ، مصروفات الدعوى غير المباشرة ، ودعوى عدم نفاذ التصرفات ، باعتبار أن الثمرة الناتجة عنها تحقق النفع لجميع الدائنين . وكذلك المبالغ التى انفقت فى إجراء الحجز والتنفيذ على أموال المدين وتوزيع ثمنها ، ومصروفات وضع الأختام على هذه الأموال وجردها ، والمبالغ المستحقة للسنديك أو الحارس القضائى .

ونشير فى هذا الصدد ايضا إلى ما جاء فى ٨٨٠ من التقنين المدنى . فهى تقضى بأن يتسلم المصفى أموال التركة بمجرد تعيينه ، ويتولى تصفيتها برقابة المحكمة ، وله أن يطلب منها اجرا عادلا على قيامه بمهمته . ونفقات التصفية تتحملها التركة ، ويكون لهذه النفقات حق امتياز فى مرتبة امتياز المصروفات القضائية .

أخيراً يلاحظ أن هذه المصروفات يجب أن تكون قضائية . بمعنى أن تنفق فى مطالبة قضائية أو وفقاً للاجراءات التى يفرضها القانون للمحافظة على أموال المدين أو التنفيذ عليها وتوزيعها عن طريق عمال القضاء . وعلى هذا النحو

يخرج من نطاق الامتياز ، على الرأى الراجح ، نفقات التصفية الودية و القسمة الرضائية (١) ، و كذلك مصروفات حفظ المنقولات وترميمها التى تتمتع بامتياز خاص بها . اذ المقصود فى المصروفات القضائية هو الحفظ القانونى لأموال المدين . أما الحفظ المادى باجراء اصلاح لصيانة المنقول فيضمنه امتياز آخر سنعالجه فيما بعد .

يستفاد مما تقدم أن المصروفات الممتازة متعددة ، و قد ينفقها أحد الدائنين لصالح الآخرين ،و قد تستحق لحارس أو سنديك ،أو مصفى التركة(م ٨٨٠/ ٢) ، أو لخبير تعينه المحكمة . و من هنا يظهر أن إيثار المشرع لهذه المصروفات بامتياز يحتل المرتبة الأولى ، لا يقصد به رعاية مصالح الدائنين فقط ، بل يهدف أيضاً إلى ضمان حسن سير مرفق القضاء و مايتصل به من إجراءات ، وذلك بتأمين من يعاون أو يساهم فى اتخاذ هذه الإجراءات ، فى الحصول على ما يستحق له من مبالغ .

محل الامتياز : ليس لهذا الامتياز وعاء أفضلية يتحدد سلفاً ، بل يرد الامتياز على ثمن بيع أموال معينة للمدين . قد تكون عقارات ، أو منقولات ، أو مجموعة أموال تتضمن العقار و المنقول .

وأهم ما يراعى فى هذا الصدد أن الامتياز يرد على ثمن الأموال التى أنفقت المصروفات القضائية فى سبيل حفظها و بيعها . وإذا هلكت هذه الأموال و استحق عنها مقابل نقدى آخر ، يرد الامتياز على هذا المقابل النقدى تطبيقاً للحكم العام الذى يقرره المشرع فى م ١١٣٥ بأنه يسرى على الامتياز مايسرى على الرهن الرسمى من أحكام متعلقة بهلاك الشيء أو تلفه ، و هو يحيل فى هذا الشأن إلى نص م ١٠٤٩ (٢)

---

(١) راجع بلانيول وريبير وبيكيه ج ١٢ فقرة ٢١ - بيير رينو انسكلوبيدى داللوز ج ٤ ص ٢٠٢ فقرة ١٤

(٢) أنظر ماتقدم فقرة ٢١٦

مرتبة الامتياز : تحتل المصروفات القضائية المرتبة الأولى بين حقوق الامتياز جميعها. بل وتستوفى هذه المصروفات من ثمن العقار ، إن كانت أنفقت عليه ، ويتقدم الدائن بها على أى دائن آخر ، حتى ولو اكتسب على العقار رهناً رسمياً ، أو امتيازاً عقاريا خاصا ، وهو مايستفاد صراحة من نص الفقرة الثانية فى المادة ١١٣٨ .

وتتقدم هذه المصروفات فى استيفائها ، على حقوق الدائنين الذين أنفقت لتحقيق مصلحتهم . وإذا وقع التزاحم فى نطاق المصروفات الممتازة ، تمنح الأفضلية لتلك التى صرفت فى حفظ الأموال وبيعها ، ثم تأتى بعدها مصروفات التوزيع . وظاهر أن الحكم المتقدم روعى فيه ، أنه لولا إنفاق المصروفات الأولى ، لما تيسر للدائنين الحصول على الثمن وتوزيعه .

٢٢٤ — امتياز المبالغ المستحقة للخزانة العامة :

نصت المادة ١١٣٩ على مايأتى « المبالغ المستحقة للخزانة العامة من ضرائب ورسوم وحقوق أخرى من أى نوع كان ، يكون لها امتياز بالشروط المقررة فى القوانين الصادرة فى هذا الشأن .

وتستوفى هذه المبالغ من ثمن الأموال المثقلة بهذا الامتياز فى أية يد كانت قبل أى حق آخر ، ولو كان ممتازا أو مضمونا برهن رسمى عدا المصروفات القضائية » .

وقد أشارت الفقرة الثانية من المادة ١١٣٤ لهذا الامتياز أيضا ، فقررت أنه لاحاجة للشهر فى حقوق الامتياز العقارية الضامنة لمبالغ مستحقة للخزانة العامة . وهذه الحقوق الممتازة تكون أسبق فى المرتبة على أى حق امتياز عقارى آخر أو أى حق رهن رسمى مهما كان تاريخ قيده .

على ضوء ماتقدم من نصوص نعالج فيما يلى الأحكام العامة لهذا الامتياز ،

ونخصص فقرة لاحقة للاحكام الخاصة التى وردت فى القوانين والأوامر الصادرة فى هذا الشأن .

حكمة الامتياز ونطاقه : من المعلوم أن الضرائب والرسوم تعتبر عنصرا اساسيا فى ايرادات الدولة . ولذا كان من الضرورى أن يعنى المشرع بتقرير ضمانات فعالة لتحصيلها . ومن هنا جاء النص العام فى التقنين المدنى الذى يضمن استيفاءها من ثمن الأموال المثقلة بها ، وترك للنصوص الخاصة تفصيل المبالغ الممتازة وتحديد وعاء الامتياز .

ويراعى من الحكمة المتقدمة أن الامتياز يتحدد نطاقه بالمبالغ التى تستحق للدولة أو لأى شخص من أشخاص القانون العام باعتباره سلطة عامة . أما ما يستحق للدولة فى نشاطها الخاص ، فيخرج عن نطاق هذا الامتياز ، ويخضع للقواعد العامة فى استيفاء الديون ، مالم يرد نص خاص يكفل له الأفضلية .

ويلاحظ أن المبالغ المستحقة للخزانة العامة تتمتع بالامتياز القانونى سواء استحقت عن السنة الجارية أو عن سنوات سابقة ، مادام حق الدولة فى استيفائها لم يسقط وفقاً للأحكام المقررة بشأن تقادم الضرائب والرسوم .

وقد أراد المشرع أن يكفل لتحصيل المبالغ المتقدمة أوفر الضمانات ، فأجاز أن يتبع فى استيفائها اجراءات الحجز الادارى المبينة بالقانون رقم ٣٠٨ لسنة ١٩٥٥ (المادة الأولى من القانون المذكور) .

وعاء الامتياز : يتنوع وعاء الامتياز وفقاً لما تقضى به القوانين الخاصة التى تضع الأحكام التفصيلية لامتياز الخزانة العامة . فقد يكون الامتياز عاما شاملا لجميع أموال المدين كما هو الحال بالنسبة لضريبة ايراد رؤوس الأموال المنقولة والأرباح التجارية والصناعية والضريبة العامة على الايراد . وقد يتخصص الامتياز فيرد على عقارات معينة ، وذلك بالنسبة لضريبة الأطيان

والعقارات المبنية ، أو يرد على منقولات معينة وذلك مثلا بالنسبة للرسوم الجمركية المستحقة عن البضائع الصادرة والواردة ".

ومن هنا يبدو لنا أن تعميم الامتياز أو تخصيصه ينعكس على أحكامه. وهو ماسنعنى ببيانه فيما يلى ، مرجئين الحديث عن وعاء الامتياز للفقرة التالية المخصصة له .

مرتبة الامتياز وما يكفله من سلطات : السلطة الأصلية التى يكفلها امتياز الخزانة هى استيفاء المبالغ المستحقة بطريق الأفضلية التى يكفلها القانون ، من ثمن الأموال التى يرد عليها .

وقد رأى المشرع أن يضع هذا الامتياز فى المرتبة الثانية بعد المصروفات القضائية مباشرة . وهى مرتبة تفصح عن الرغبة فى كفالة أوفر الضمانات لتحصيل المبالغ المستحقة للخزانة العامة .

بل وأراد المشرع أن يطلق هذه الأفضلية ، فقضى فى الفقرة الثانية من المادة ١١٣٩ بجواز استيفاء المبالغ المضمونة من ثمن الأموال المثقلة فى أية يد كانت . ويفيد هذا الحكم أن امتياز الخزانة العامة يكفل تتبع المال تحت يد الغير . ولعل الاحاطة به تقتضى ابداء الملاحظات الآتية ، ووجوب التفرقة بين الامتيازات العقارية والمنقولة الخاصة ، وبين الامتيازات العامة (١) .

١ - يلاحظ بشأن حقوق الامتياز العقارية الضامنة لمبالغ مستحقة للخزانة العامة ، أن المشرع قد أعفاها من الشهر ، فلم يخضعها لاجراء القيد فى الشهر العقارى حتى تنفذ فى حق الغير . ويجوز رغم الاعفاء من الشهر مباشرة الامتياز

---

(١) ذهبنا فى الطبعة الاولى لهذا الكتاب ص ٥٢١ الى أن الامتياز الوارد على منقول يتعطل أثره اعمالا لقاعدة ان الحيازة فى المنقول سند الحائز وقد رأينا بعد تفكير ان نفصل هذا الحكم ونعدل فيه على ضوء التفرقة التى نشير اليها فى المتن

بالمرتبة التى يكفلها القانون قبل أى حق مقيد على العقار . بل ويجوز ايضا تعقب العقار تحت يد الغير . وبعبارة أخرى نجد أن المشرع قد أعفى الامتياز من اجراء القيد ، ومع ذلك كفل له سلطة الأفضلية والتتبع ، وذلك كما هو الحال بالنسبة لامتياز ضريبة الاطيان ، وضريبة العقارات المبنية .

وتستفاد الأحكام المتقدمة من المادة ٢/١١٣٤ التى تقضى بأنه لا حاجة للشهر فى حقوق الامتياز العقارية الضامنة لمبالغ مستحقة للخزانة العامة . وهذه الحقوق الممتازة تكون أسبق فى المرتبة على أى امتياز عقارى آخر أو أى حق رهن رسمى مهما كان تاريخ قيده . كما تتعزز هذه الأحكام ، وبشأن التتبع بصفة خاصة ، بالفقرة الثانية من المادة ١١٣٩ التى تقضى باستيفاء المبالغ المستحقة من ثمن الأموال المثقلة بهذا الامتياز فى أية يد كانت قبل أى حق آخر ، ولو كان ممتازا أو مضمونا برهن رسمى عدا المصروفات القضائية .

٢ — وإذا ورد الامتياز على منقولات معينة ، فالأصل فيه أيضا أنه يكفل سلطة تتبع المنقولات تحت يد الغير لاستيفاء المبالغ المستحقة من ثمنها . ويستفاد هذا الحكم صراحة من الفقرةالثانية فى المادة ١١٣٩ التى تقرر سلطة تتبع الأموال المثقلة بالامتياز فى أية يد كانت ، وذلك دون تفرقة بين عقار أو منقول .

وعلى هذا النحو يمتنع على الشخص الاعتصام بقاعدة الحيازة فى المنقول سند الحائز ، لاتقاء الحجز على المنقول ، إذا كان مثقلا بامتياز خاص ضمانا للوفاء بديون مستحقة للخزانة العامة .

ويبدو لنا أن اطلاق سلطة التتبع على النحو المتقدم ينبغى أن يقتصر فقط على الامتيازات المنقولة الخاصة . أى يجب أن يتحدد وعاء الامتياز بمنقولات معينة ، لجواز تمكين الخزانة العامة من تتبع المنقولات تحت يد الغير ، وذلك كما هو الحال بالنسبة للرسوم الجمركية المستحقة عن البضائع الصادرة أو الواردة .

٣ - اما إذا كان الامتياز عاما يشمل جميع اموال المدين . فهنا نرى إعمال حكم المادة ١١٣٤/٢ الذى يقضى بأن حقوق الامتياز العامة لا يثبت فيها حق التتبع .

وعلى هذا النحو لا يجوز تعقب أموال المدين تحت يد الغير ، إذا كانت المبالغ المستحقة للخزانة العامة لا يضمن الوفاء بها أموال معينة بالذات ، وإنما يتسع الضمان فيها ليشمل أموال المدين كلها . ذلك أن هذا الامتياز يقتصر فقط على كفالة الأفضلية للدائن عند التنفيذ .

وفى هذا الصدد لا نرى تطبيق الفقرة الثانية من المادة ١١٣٩ التى تقرر حق التتبع . ذلك أن الصياغة التى أتت بها تفيد انصرافها إلى الامتياز الذى يتحدد وعاؤه بأموال معينة بالذات .

ولو أراد المشرع أن يطلق سلطة التتبع بالنسبة للمبالغ المستحقة الخزانة العامة أيا ما كان وعاء الامتياز ، فيبدو لنا أن الصياغة المختارة عندئذ كانت تقتضى جواز استيفاء المبالغ المستحقة للخزانة العامة من أموال المدين كلها تحت يد الغير .

ويعزز هذا الرأى عندنا أن اطلاق سلطة التتبع ، وتمكين الخزانة العامة من تعقب كل أموال المدين تحت يد الغير ، يعوق فى الواقع تداول الأموال ، ويحد من ائتمان الأفراد . إذ يترتب عليه أن الشخص حينما يهم بشراء أموال منقولة أو عقارية ، يجب عليه أن يستوثق من المركز المالى للبائع فى مواجهة الخزانة العامة . بينما لا تصدق هذه الخشية إذا كان الامتياز مقرراً على أموال معينة بالذات . فمن الميسور على المشترى أن يتحرى عن الضرائب المستحقة عن العقار أو المنقول المبيع .

تطبيقاً لما تقدم يمكن القول أن امتياز الخزانة العامة يتجرد من سلطة التتبع إذا كان وعاء الامتياز عاما يشمل أموال المدين كلها ، كما هو الحال بالنسبة

لضريبة الايراد العام ، التى لا يتحدد ضمان استيفائها بأموال معينة بالذات .

على أنه يجوز الطعن فى تصرفات المدين ، إذا قصد منها تهريب الأموال تحت يد الغير ، بغية الافلات من الوفاء بدين الخزانة العامة . وذلك إعمالا للمبدأ الذى يقضى بأن الغش يفسد كل أمر .

٢٢٥ — اشارة لأهم الأحكام الواردة فى القوانين الخاصة بالضرائب

نصت المادة ١١٣٩ على أن امتياز المبالغ المستحقة للخزانة العامة يكون بالشروط المقررة فى القوانين و الأوامر الصادرة فى هذا الشأن .

وعلى هذا النحو يلزم الرجوع إلى هذه القوانين والأوامر لتحديد نطاق الدين المضمون ووعاء الامتياز . وفيما يلى نشير إلى أهم تشريعات الضرائب التى ورد فيها النص على امتياز الخزانة العامة (١) .

١ — ضريبة الأطيان : نصت المادة ١٦ من القانون رقم ١١٣ لسنة ١٩٣٩ على أن للخزانة العامة فيما يختص بتحصيل الضريبة حق امتياز على الأرض المستحقة عليها الضريبة وكذلك على ثمارها ومحصولاتها وعلى المنقولات والمواشى التابعة لها .

وفى حالة عدم دفع الضريبة فى المواعيد المقررة تجبى الضريبة بطريق الحجز الادارى على الثمار والمحصولات والآلات والمواشى ، وإذا لم تكف أثمانها فعلى العقار نفسه ، وذلك طبقاً لأحكام القانون رقم ٣٠٨ لسنة ١٩٥٥ فى شأن الحجز الادارى .

٢ — الضريبة على العقارات المبنية : وينظمها القانون رقم ٥٦ لسنة ١٩٥٤

---

(١) راجع فى هذا الشأن خاصة محمود رياض عطية موجز فى المالية العامة وتشريع الضرائب الجزء الثانى

(معدل بالقانون رقم ٥٤٩ لسنة ١٩٥٥) . وقد نصت المادة ٢٧ من القانون المذكور على أن للحكومة فيما يختص بتحصيل الضريبة حق الامتياز على الايجار والايراد والمنقولات الخاصة بالعقارات المبنية والأراضى الفضاء المستغلة المستحقة عليها الضريبة وعلى المبانى والأراضى المقام عليها أو الملحقة بها سواء كانت هذه الأراضى ملكا لأصحاب المبنى أو لغيرهم . .

ويثور التساؤل بشأن المنقولات الخاصة بالعقارات المبنية وهل يدخل فيها المنقولات المملوكة للمستأجر . ويبدو لنا أن هذه العبارة يجب أن تنصرف فقط إلى العقارات بالتخصيص، وهى المنقولات المملوكة لصاحب العقار التى يرصدها لخدمة العقار أو استغلاله .

على أن مستأجر العقار يسأل بالتضامن مع المالك عن أداء الضريبة والغرامات وذلك فى حدود الأجرة المستحقة فى ذمته . ويكفى فى هذا الصدد اخطار المستأجر بخطاب موصى عليه بعلم الوصول .

ولا ينفذ التعجيل بالأجرة فى حق الخزانة العامة ، إلا فى حدود أجرة ثلاثة أشهر وبشرط أن تكون المخالصة بالأجرة المعجلة ثابتة التاريخ قبل موعد استحقاق الضريبة .

اخيرا يلاحظ من الأحكام المتقدمة أن مالك الأراضى مسئول مع مالك البناء فى أداء الضريبة ، إذا كانت الأرض والمبنى ملكا لشخصين مختلفين (١).

٣ — ضريبة الايرادات المنقولة : تضمن الكتاب الرابع من القانون رقم ١٤ لسنة ١٩٣٩ أحكاما عامة لجميع الضرائب المقررة فيه(٢) وقد جاء فى المادة ٩٠ (معدلة بالقانون رقم ١٤٦ لسنة ١٩٥٠) أن الضرائب والمبالغ الأخرى المستحقة بمقتضى قوانين الضرائب تعتبر دينا ممتازا على جميع أموال المدين بها أو الملزمين بتوريدها للخزانة العامة .

---

(١) راجع فى تفصيل هذه الاحكام محمود رياض عطيه المرجع السابق فقرة ٥٢ ومابعدها

(٢) المقصود بهذه الضرائب هو ضريبة ايرادات رؤوس الاموال المنقولة ، والضريبة على الارباح التجارية والصناعية ، وضريبة كسب العمل .

ويلاحظ من هذا النص أنه يقرر امتيازا عاما لا يتخصص بأموال معينة بالذات . وإنما ينصرف إلى كل أموال المدين. وهو بهذه المثابة يخضع لأحكام الامتيازات العامة التى عالجناها فى الفقرة السابقة .

٤ — الضريبة العامة على الايراد : فرضت هذه الضريبة بالقانون رقم ٩٩ لسنة ١٩٤٩ وتقضى المادة ٢٤ منه بأن تسرى فى شأنها أحكام الامتياز المقرر فى المادة ٩٠ من القانون رقم ١١٤ لسنة ١٩٣٩ .

ويعتبر امتياز ضريبة الايراد من الامتيازات العامة أيضا التى لا ترد على مال معين بالذات ، وإنما يتسع وعاؤه لجميع أموال المدين .

٥ — رسم الايلولة على التركات والضريبة المقررة عليها : نصت المادة ٤٣ من القانون رقم ١٤٢ لسنة ١٩٤٤ على أن للحكومة لتحصيل رسم الايلولة حق امتياز على نصيب كل وارث بقدر المطلوب منه وحق تتبعه تحت يد الغير.

وظاهر من هذا الحكم أن المشرع قد خصص امتياز الخزانة العامة بنصيب الوارث فى التركة . وهو بهذه المثابة امتياز خاص يكفل الأفضلية فى استيفاء الدين ، ويجيز تتبع الأموال تحت يد الغير .

وقد صدر المرسوم بقانون رقم ١٥٩ لسنة ١٩٥٢ بشأن ضريبة التركات واكتفت نصوصه القليلة بتحديد سعر الضريبة ، والإحالة فيما عدا ذلك من أحكام على قانون رسم الايلولة . وإعمالا لهذه الإحالة يمكن القول أن للخزانة العامة فى سبيل استيفاء الضريبة حق امتياز على أموال التركة ، وأن لها تتبع هذه الأموال تحت يد الغير .

٦ — الرسوم الجمركية : يحكم امتياز الرسوم الجمركية اللائحة الصادرة بالأمر العالى فى ١٢ ابريل سنة ١٨٨٤ ،والمعدلة بقانون ٥٠٧ لسنة ١٩٥٥ . ويستفاد من نص المادة الثامنة فى هذه اللائحة أن للجمارك حق الامتياز على

البضائع الموجودة بالجمرك ، حتى ولو كانت برسم الترانسيت (المرور) وسواء كانت برسم الوارد أو الصادر . فالبضائع تضمن لمصلحة الجمارك على سبيل الامتياز استيفاء الرسوم الجمركية والعوائد . وجميع أنواع المصروفات والغرامات . وبعبارة مجملة كل ما يستحق للجمارك عن البضائع ويعتبر هذا الامتياز من الامتيازات الخاصة ، التي ترد على منقولات معينة بالذات. وهو بهذه المثابة يخضع للأحكام السابق تفصيلها بشأن التتبع .

٧ ـ رسوم الدمغة : تنص المادة ٢٥ من القانون رقم ٢٢٤ لسنة ١٩٥١ بتقرير رسم الدمغة على أن « تحصل الرسوم والغرامات والتعويضات والتهديدات المالية المفروضة بمقتضى هذا القانون بطريق الحجز الادارى . ويكون للحكومة حق امتياز على جميع ممتلكات الأشخاص المدينين بها والمسئولين عنها والملزمين بحكم القانون بتوريدها للخزانة . وواضح من هذا النص أنه يقرر امتيازا عاما على أموال المدين .

٨ ـ ضريبة الملاهي : قضت المادة ١٥ من القانون رقم ٢٢١ لسنة ١٩٥١ بفرض ضريبة على المسارح وغيرها من محال الفرجة والملاهي، بأن يكون للحكومة من أجل تحصيل الضريبة والزيادة المنصوص عليها فى هذا القانون حق امتياز على ايراد الحفلة المستحقة عليها الضريبة وعلى المنقولات المستعملة فى الحفلة ، وكذلك على جميع أموال من يستحق عليه الضريبة والزيادة.

هذه بعض اشارات لأهم القوانين التى تقرر امتياز الخزانة بشأن الضرائب والرسوم. ونكتفى منها بهذا القدر ، لأن طابع دراستنا العام لا يتسع لها. فالمرجع الأصيل فيها يكون فى كتب تشريعات الضرائب والمالية العامة .

المبحث الثانى

الامتيازات العامة

٢٢٦ — طبيعة الامتياز العام - احالة :

فرغنا فى دراسة سابقة من تحديد طبيعة الامتياز العام (١) . وقد ارتضينا التصوير الذى يرى فيه مجرد وصف يلحق الالتزام ، فيعدل الأثر العادى له وهو الخضوع لقاعدة المساواة فى استيفائه من أموال المدين ، ليصبح ممتازا يكفل الأفضلية والتقدم على سائر الديون .

وهو فى عمومه يرد على جميع أموال المدين فلا يتركز فى مال معين بالذات. ومن هنا تظل مسئولية المدين شخصية غير محددة ، ولا يظهر أثر الامتياز إلا عند التنفيذ .

ومن أجل هذا قضى المشرع فى المادة ٢/١١٣٤ بأن حقوق الامتياز العامة لا تخول تتبع المال تحت يد الغير . والدائن المزود بامتياز عام يستوى فى هذا الصدد مع الدائن العادى ؛ لأن المدين ازاء كل منهما لاتنصب مسئوليته على مال معين بالذات .

٢٢٧ — أساس تقرير الامتياز العام:

لما كان الامتياز العام يكفل للدين التقدم فى الاستيفاء على غيره من الديون على جميع اموال المدين ، فهو بهذه المثابة يخل بالضمان العام للدائنين ، وبالتالى يضعف ائتمان المدين .

ومن أجل هذا لا يجوز من الوجهة التشريعية الاسراف فى تقرير امتياز

---

(١) راجع ما تقدم فقرة ٢١٠ ، ص ٥٦٧ هامش ١ ، وبصفة خاصة ص ٥٧٤ .

عام للديون . إذ يترتب على ذلك احجام الدائنين عن التعامل مع المدين خشية عدم الحصول على حقوقهم ، إذا ما تكاثرت الديون الممتازة وتقدمت على غيرها .

وقد حرص المشرع على صيانة ائتمان المدين . فأجاز الامتيازات العامة فى حدود ضيقة ، سواء من حيث الديون الممتازة ، أو من حيث قيمة هذه الديون (١) .

وتتنوع الاعتبارات التى من أجلها تتقرر الامتيازات العامة . فتارة يتقرر الامتياز مراعاة لحق الدائن ، وذلك كما هو الحال بالنسبة لامتياز الاجراء وأصحاب النفقات ، وذلك على أساس أن المبالغ المستحقة تعتبر المورد الرئيسى لهم فى سد حاجات الحياة . وتارة أخرى يتقرر الامتياز مراعاة لالتزام المدين ولتمكينه من الحصول على ائتمان ، وذلك كما هو الحال بالنسبة لامتياز المبالغ المستحقة عما تورده من مأكل وملبس ، وذلك على أساس أن هذه المواد تعتبر أساسية فى تمكين المدين من مواجهة اعباء الحياة (٢) .

وأخيراً قد يتقرر الامتياز العام مراعاة للصالح العام ، ويكون ذلك فى امتياز الخزانة العامة ، إذا ورد على جميع أموال المدين ، كما هو الحال فى امتياز ضريبة الايراد العام وايراد رؤوس الأموال المنقولة . وفى هذا الصدد نحيل إلى دراستنا السابقة لامتياز الخزانة العامة .

٢٢٨ - النص القانونى (٣)

على ضوء ماتقدم نص التقنين المدنى فى المادة ١١٤١ على مايأتى « يكون

---

(١) فريجافيل « محاضرات فى القانون المدنى للسنة الثانية » باريس سنة ١٩٥٤ ص ١٠٥٦ .

(٢) انظر بيدان وفوران ج ١٣ فقرة ٤٠٨ .

(٣) يتقرر الامتياز العام احيانا بنصوص خاصة ، وذلك كامتياز نفقات تجهيز الميت طبقاً لنص المادة ٤ من القانون رقم ٧٧ لسنة ١٩٤٣ بشأن المواريث ، فهى تقرر امتيازاً عاما لنفقات =

للحقوق الآتية امتياز على جميع أموال المدين من منقول وعقار .

(ا) المبالغ المستحقة للخدم والكتبة والعمال وكل أجير آخر ، من أجرهم ورواتبهم من أى نوع عن الستة الأشهر الأخيرة .

(ب) المبالغ المستحقة عما تم توريده للمدين ولمن يعوله من مأكل وملبس فى الستة الأشهر الأخيرة .

(ج) النفقة المستحقة فى ذمة المدين لأقاربه عن ستة الأشهر الأخيرة .

وتستوفى هذه المبالغ مباشرة بعد المصروفات القضائية والمبالغ المستحقة للخزانة العامة ومصروفات الحفظ والترميم ، أما فيما بينها فتستوفى بنسبة كل منها » .

وفيما يلى نعالج وعاء الامتياز العام ، ومرتبته ، واخيراً نتناول بالبحث الحقوق الممتازة التى وردت فى النص المتقدم .

٣٢٩ - وعاء الامتياز العام :

يتحدد وعاء الامتياز بجميع أموال المدين من منقول وعقار إلا ما كان منها لا يجوز الحجز عليه . ولا يظهر حق الدائن إلا عند التنفيذ على المال ، ذلك أن

= تجهيز الميت على كل أموال التركة ، وهو يسبق أى حق آخر عليها ولو كان مضمونا برهن أو امتياز .

وفى نطاق قانون العمل نصت المادة ٨ من القانون رقم ٩١ لسنة ١٩٥٩ على أن يكون للمبالغ المستحقة للعامل أو لمن يستحقون عنه بمقتضى أحكام هذا القانون امتياز على جميع أموال المدين من منقول وعقار وتستوفى مباشرة بعد المصروفات القضائية والمبالغ المستحقة للخزانة العامة ومصروفات الحفظ والترميم .

وكذلك نصت المادة ١٠٥ من القانون رقم ٩٢ لسنة ١٩٥٩ بشأن التأمينات الاجتماعية ، على أن يكون للمبالغ المستحقة لمؤسسة التأمينات الاجتماعية بمقتضى أحكام هذا القانون امتياز على جميع أموال المدين من منقول وعقار ، وتستوفى مباشرة بعد المصروفات القضائية .

الامتياز العام ، كما مضت الاشارة . لا يكفل للدائن تتبع المال تحت يد الغير وإنما يقتصر على تزويده بأفضلية فى استيفاء حقه من ثمن المال محل التنفيذ.

و لما كان الامتياز عاما شاملا لجميع أموال المدين . فهو يرد أيضا على الديون المستحقة للمدين لدى الغير ، بوصفها عنصرا من عناصر الضمان الذى يجوز لأى دائن أن ينفذ عليها . وهو من هذه الناحية يخضع لحكم الامتياز على الدين .

والوسيلة القانونية التى يسعى بها الدائن صاحب الامتياز العام إلى مدين المدين ، هى حجز ماللمدين لدى الغير . وبهذه المثابة يستطيع عند التوزيع بموجب امتيازه العام ، أن يتقدم على غيره من الدائنين الحاجزين .

٢٣٠ - مرتبة الامتياز العام :

وضع المشرع الامتياز العام فى مرتبة متأخرة عن امتياز المصروفات القضائية و المبالغ المستحقة للخزانة العامة ، ومصروفات حفظ المنقول وترميمه .

والعلة واضحة فى تأخير الامتياز العام عن الامتيازات المتقدمة. فالمصروفات القضائية روعى أنها انفقت فى سبيل المحافظة على أموال المدين أو لتحقيق مصلحة جماعية للدائنين . والمبالغ المستحقة للخزانة يجب تأكيد الضمانات فى سبيل تحصيلها مراعاة للصالح العام . و المصروفات التى انفقت لحفظ المنقولات وترميمها ، هى السبب فى بقاء هذه المنقولات .ولولا انفاق هذه المصروفات لما كان فى وسع أى دائن أن يستفيد منها للحصول على حقه ، لأنها كانت تالفة أو بسبيل الهلاك .

أما إذا تزاحمت الحقوق الممتازة امتيازا عاما فيما بينها ، فتستوفى بنسبة كل منها من المال محل التنفيذ . وفى هذا الصدد نلمس نظرة المشرع المماثلة لهذه الحقوق ، وذلك بوضعها على قدم المساواة فيما بينها .

ويلاحظ أن الدائن المزود بامتياز عام ، إذا اشترك فى توزيع ثمن بيع العقار بالمزاد ، فهو يتقدم على الدائنين أصحاب الحقوق العينية التبعية المقيدة ، كدائن مرتهن أو صاحب امتياز عقارى خاص . وهو يحتل هذا المركز المفضل ، دون أن يخضع لوجوب شهر حقه بطريق القيد . وذلك أن المشرع نص صراحة على أن حقوق الامتياز العامة تعفى من الشهر (م ١١٣٤ / ٢) .

ولكن يراعى من ناحية أخرى أن الدائن لا يحق له تعقب العقار تحت يد الغير ، إذا تصرف فيه المدين . وذلك أن المشرع نص ايضا صراحة فى المادة ١١٣٤ على أن الامتياز العام لا يكفل للدائن تتبع أموال المدين .

٢٣١ - امتياز الاجراء :

المفروض فيمن يعمل لدى الغير أنه ليس لديه فسحة من الوقت ولا قدرة فى المسائل للتحرى عن يسار صاحب العمل . والمفروض أيضا أن الأجر هو المصدر الأصيل الذى يعتمد عليه من يتلقاه لمواجهة اعباء الحياة .

ومن أجل هذا كله قضت المادة ١١٤١ بتقرير امتياز عام على جميع أموال المدين من منقول أو عقار ، للمبالغ المستحقة للخدم والكتبة والعمال و كل أجير آخر ، من أجرهم ورواتبهم من أى نوع كان عن الستة الأشهر الأخيرة.

نطاق الامتياز من حيث الأشخاص : نص المشرع صراحة على استفادة اشخاص معينين من هذا الامتياز بصفة خاصة وهم الخدم والكتبة والعمال. ثم استخدم معيارا عاما يجعل الامتياز قابلا للتطبيق على كل أجير .

وينبغى تفهم هذا المعيار على ضوء الحكمة من تقرير الامتياز . فهو شرع لاعتبارات اجتماعية وانسانية ، لحماية الطبقة الغالبة فى المجتمع ، وهى طبقة الاجراء الذين يعيشون على تقديم خدماتهم للغير مقابل أجر يتلقونه .

وظاهر أن من ينتمى إلى هذه الطبقة لا يحتمل التراخى فى استيفاء حقه فى

الأجر ، ولا يقوى على الخضوع للمساواة بين الدائنين ، والتعرض عند اعسار المدين لعدم الحصول إلا على جزء من أجره .

بهذه المثابة ينطبق هذا الامتياز على كل من يؤجر خدماته للغير بصرف النظر عن نوع العمل أو طبيعته (١) .

ويستوى فى ذلك أن يؤجر الشخص خدماته فى المنزل أو خارجه ، وسواء كانت بشأن أعمال زراعية أو تجارية أو صناعية ، فى الريف أو فى المدن .

على هذا النحو يثبت الامتياز للخادم والطاهى وحارس المنزل وقائد السيارة(٢) والامين الخاص والقائم على تربية الاطفال ، والعامل الزراعى والخفير والمشرف على شئون الزراعة والكاتب والعمال بوجه عام .

ولا يشترط فى توافر الامتياز أن يحتكر رب العمل خدمات الأجير . بل يجوز أن يوزع الاخير خدماته على أكثر من شخص واحد . ومع ذلك يثبت له الامتياز فى مواجهة الجميع ، مادام المستحق فى ذمتهم هو دين الأجرة .

ولئن كانت طبيعة العمل أو نوعه لا تلعب دورا فى تحديد نطاق الامتياز من حيث الاشخاص ، فإننا مع ذلك نرى مراعاة الحكمة من تقرير الامتياز فى هذا التحديد ، وهى الاعتبارات الاجتماعية والانسانية التى أملت توفير أقوى الضمانات لتحصيل أجور الطبقة العاملة .

ومن هنا لا يفيد من هذا الامتياز ، فى تقديرنا ، الوكيل بالنسبة لما يستحق

---

(١) انظر بلانيول وريبير وبيكيه ج ١٢ فقرة ٤١ - بيدان وفوارانج ج ١٣ فقرة ٤٢١ ، وفيه وردت الاشارة إلى أن العبرة بمن يؤجر خدماته بصفة مستمرة . وبذلك يخرج عن نطاق الامتياز عمال المياومة ، وهؤلاء يتقاضون ، أجرهم عادة يوما بيوم . ويلاحظ أن عموم النص فى القانون المصرى لا يحتمل هذه التفرقة ، ويجعل الامتياز قابلا للتطبيق على كل عامل بأجر .

(٢) شرع هذا الامتياز اصلا فى القانون الفرنسى لصالح خدم المنازل ثم اتسع نطاقه فيما بعد . انظر بلانيول وريبير وبيكيه المرجع السابق فقرة ٤٠ . راجع ايضا محمد على امام ص ٥٩٥ .

له من أجر . (١) فالوكيل لا تربطه بالموكل رابطة سيطرة أو تبعية ، كتلك التى تتمثل فى عقد العمل . وفضلا عن ذلك فالأصل فى الوكالة أنها تبرعية مالم يتفق على غير ذلك صراحةأو يستفادضمنا من حالة الوكيل (م٧٠٩).وقد انفرد القانون التجارى بتقرير امتياز لصالح الوكيل بالعمولة (م٧٦) باعتبار آنه يحترف هذا العمل ويرتزق منه .

ولا يتمتع بهذا الامتياز ايضا المقاول بالنسبة لما يستحق له فى ذمة صاحب العمل . فهو لا يؤجر خدماته للغير علىسبيل السيطرة والتبعية . بل هويؤدى للمدين عملا يقدر تقديرا اجماليا (٢) .

نخلص مما تقدم أن معنى الاجير فى نطاق هذا الامتياز ، ينبغى أن يتحدد على ضوء الحكمة من تقرير الامتياز . وبذلك يقتصر مدلوله على الشخص الذى يؤجر خدماته ، للغير ، وتربطه به رابطة تبعية بموجب عقد العمل .

الديون الممتازة: يقتصر الامتياز على الأجر أو المرتب المستحقعن العمل . أى مقابل الخدمات التى يؤديها الأجير . ولايهم فى ذلك أن يكون الاجـــر كبيراً أو ضئيلا ، مادام مستحقا مقابل العمل . ولايهم ايضا طبيعة الأجر ، فقد يكون مقابلا عينيا أو نقديا ، ولاطريقة اداثه فقد تكون الوحدة الزمنية لاستحقاقه السنة أو الشهر أو الاسبوع أو اليوم أو الساعة ، بل وربما يكون حساب تقديره مؤسسا على إنجاز وحدات أو اجزاء معينة من العمل .

والعبرة فى كل ما تقدم هى أن يكون المستحق لصالح الأجير — مقابلا للعمل الذى يؤديه . وبهذه المثابة يلحق بالأجر ايضا علاوة الغلاء واعباء العائلة

---

(١) قارن عكس ذلك محمود جمال الدين زكى ص ٦٠٠ ، وانظر فى المعنىالذى نؤيده . بلانيول وريبير وبيكيه المرجع السابق ص ٤٤ ، وفيه يقرر المؤلف أن مدير الشركة لا يستفيد من هذا الامتياز باعتبار أنه الوكيل القانونى عن الشركة ولا تربطة بها رابطة تبعية.قارن محمد على امام ص ٥٩٥ .

(٢) فى هذا المعنى بلانيول وريبير وبيكيه الاشارة السابقة — سليمان مرقس ص ٥٠٣ — عكس ذلك محمود جمال الدين زكى الاشارة السابقة .

والامتيازات العينية التى يعول العامل عليها بجوار الأجر النقدى . وبصفةعامة كل ما يتلقاه الأجير بوصفه جزءا من الأجر لا على سبيل التبرع أو الهبة .

ويجوز فى بعض الأعمال كأعمال الفنادق والمطاعم والمقاهى والمشارب ألا يتقاضى العامل أجرا مباشرا . وإنما يقتصر مقابل العمل على ما يحصل عليه من وهبة وما يتناوله من طعام . وعندئذ يدخل هذا المقابل فى نطاق الدين الممتاز ، وفقاً للضوابط التى يحددها عقد العمل .

ولا يضمن الامتياز كل استحقاقات الأجير ، وإنما يتحدد فقط بأجر الستة الأشهر الأخيرة.وهى الستة الأشهر التى تسبق التنفيذ على أموال المدين ، أو الستة الأشهر التى تسبق افلاسه أو اعساره ، أو وفاته .

أما مايستحق له عن مدة سابقة فيعتبر من قبيل الديون العادية بشرط عدم سقوط الحق فى المطالبة بها بالتقادم . ويسقط هذا الحق بمضى سنة على تاريخ استحقاقها إذا حلف المدين بها أمام القاضى أنه قد أداها (م ٣٧٨) .

وقد أراد المشرع بهذا التحديد الزمنى لنطاق الديون الممتازة ألا يعطل ائتمان المدين أو يعوقه. ذلك أن إطلاق الامتياز على كل الأجور المتأخرة ، قد يفضى إلى تراكم ديون ممتازة كبيرة القدر ، بحيث لا يبقى للدائنين الآخرين شيئا من أموال المدين .

ويلاحظ اخيرا أن هذا الامتياز ، إذ يضمن استيفاء الأجور والرواتب على النحو المتقدم ، فهو لا يشمل ما يستحق للاجير فى ذمة رب العمل فيما عدا ذلك . وعلى هذا النحو لا تدخل التعويضات فى نطاق الديون الممتازة ، أو المبالغ التى يكون قد دفعها لحساب رب العمل . وفى هذا الشأن يبدو قصور الإمتياز المقرر فى القانون المدنى ، وتخلفه عن مواجهة الاتجاهات الحديثة فى قانون العمل .

الامتياز المقرر فى قانون العمل (١) منذ أن خضعت علاقات العمل لتشريعات حديثة ، ترسم اتجاهات اشتراكية ، وتوفر ضمانات اجتماعية ، يمكن القول بأن الامتياز المقرر فى القانون المدنى ، صار غير كاف لتحقيق هذه الأهداف .

ومن أجل هذا نصت المادة الثامنة من القانون رقم ٩١ لسنة ١٩٥٩ بشأن العمل على أن « يكون للمبالغ المستحقة للعامل أو لمن يستحقون عنه بمقتضى أحكام هذا القانون امتياز على جميع أموال المدين من منقول وعقار . وتستوفى مباشرة بعد المصروفات القضائية والمبالغ المستحقة للخزانة العامة ومصروفات الحفظ والترميم » .

يتضح من هذا النص أن الامتياز المقرر فيه يتفق مع امتياز القانون المدنى من حيث طبيعته ومرتبته . فهو امتياز عام يشمل جميع أموال المدين . ويتأخر فى الترتيب ، فيحتل المرتبة الرابعة بعد المصروفات القضائية ، ومايستحق للخزانة العامة . وما ينفق فى حفظ المنقول وترميمه .

ويضيق هذا الامتيازعن الامتياز المقررفىالقانون المدنىمن حيثالأجراءالذين ينطبق عليهم.ويتسع من حيث الديون الممتازةليضمن مبالغ أخرى غير الأجور.

فنطاق الامتياز المقرر فى قانون العمل من حيث الأشخاص ، يتحدد بالعامل ، ذكرا كان أو انثى ، الذى يعمل لقاء أجر مهما كان نوعه فى خدمة صاحب عمل وتحت سلطته أو اشرافه . ولكنه لا يسرى على خدم المنازل ومن فى حكمهم ، ذلك أن هؤلاء لا يخضعون لأحكام قانون العمل إلا فيما يرد به نص خاص .

---

(١) انظر فى شأن الامتياز المقرر فى قانون التأمينات الاجتماعية ماتقدم فقرة ٢١٩ ص ٥٨٧ .

ويتسع الامتياز المقرر فى قانون العمل من حيث الديون الممتازة، ليضمن الوفاء فضلا عن الأجور، بكل المبالغ المستحقة للعامل أو لمن يستحقون عنه بموجب أحكام القانون المذكور. وبهذه المثابة يدخل فى نطاق الامتياز مكافأة الخدمة، والتعويض المستحق عن الفسخ، ومكافأة العامل عند وفاته التى توزع على من يستحقون عنه.

وقد عنى المشرع فى هذا القانون بتحديد مدلول الأجر ومضمونه. فقضى فى المادة الثالثة بأنه يقصد بالأجر فى تطبيق أحكام هذا القانون كل ما يعطى للعامل لقاء عمله مهما كان نوعه مضافا اليه جميع العلاوات أيا كان نوعها وعلى الأخص ما يأتى : —

١ — العمولة التى تعطى للطوافين والمندوبين الجوابين والممثلين التجاريين

٢ — الامتيازات العينية وكذلك العلاوات التى تصرف لهم بسبب غلاء المعيشة واعباء العائلة.

٣ — كل منحة تعطى للعامل علاوة على الأجر وما يصرف له جزاء امانته أو كفاءته وماشابه ذلك إذا كانت هذه المبالغ مقررة فى عقود العمل الفردية أو المشتركة أو الأنظمة الأساسية للعمال أو جرى العرف بمنحها حتى أصبح العمال يعتبرونها جزءا من الأجر لاتبرعا.

ولا يلحق بالأجر ما يعطى على سبيل الوهبة إلا إذا جرى العرف بدفعها وكانت لها قواعد تسمح بضبطها.

ويجوز فى بعض الأعمال كأعمال الفنادق والمطاعم والمقاهى والمشارب ألا يكون للعامل سوى ما يحصل عليه من وهبة وما يتناوله من طعام على أن يحدد عقد العمل قواعد ضبطها.

ونشير أخيراً بشأن الامتياز المقرر فى قانون العمل أنه ينطلق فى نطاقه الزمنى ليضمن الوفاء بالديون المستحقة أيا ماكان تاريخ استحقاقها السابق، مادام

حق المطالبة بها لم يسقط بالتقادم. ويظهر هنا ايضا وجه الخلاف مع الامتياز الوارد فى القانون المدنى، الذى يتقيد من حيث نوع الديون بالأجور أو المرتبات. وبتحدد من حيث الزمان بالمستحق عن الستة الأشهر السابقة .

٢٣٢ - امتياز المبالغ المستحقة عن توريد المأكل والملبس:

قررت المادة ١١٤١ امتيازا عاما على جميع أموال المدين ضمانا للوفاء بالمبالغ المستحقة عليه ، عما تم توريده له ولمن يعوله من مأكل وملبس فى الستة الأشهر الاخيرة .

ويتأسس هذا الامتياز العام ، كما مضت الاشارة، على تدعيم ائتمان المدين ، والتيسير عليه فى الحصول على المواد الأساسية التى يستعين بها هو ومن يعول لمواجهة اعباء الحياة .

وهو بهذه المثابة ينحصر من حيث نطاق الأفضلية فى المبالغ المستحقة عما تم توريده للمدين ولمن يعوله من مأكل وملبس .

ويدخل فى معنى المأكل كل المواد الغذائية التى تستخدم لهذا الغرض ، كاللحوم والحبوب والالبان .ولكن يبدو أن الامتياز لا يضمن المواد الكمالية كالمشروبات الروحية مثلا (١) .

ويتضمن معنى الملبس ، كل ما يشتريه المدين له أو لمن يعوله لتحقيق هذا الغرض . وبذلك يخرج من نطاق الامتياز الكتب والادوات المدرسية التى يتم الحصول عليها لأطفال المنزل .

ولكن يلاحظ أن المواد التى لا تتمتع بالامتياز المتقدم ، يمكن أن يضمن الوفاء بثمنها ، امتياز بائع المنقول ، الذى يأتى فى مرتبة متأخرة . وسنشير اليه فى الامتيازات المنقولة الخاصة .

---

(١) بلانيول وريبير و بيكيه المرجع السابق فقرة ٤٩ وما بعدها .

وواضح من حكمة النص وعبارته أن الامتياز يضمن الوفاء بالمبالغ المستحقة عن المأكل والملبس ، حينما تستخدم المواد المطلوبة للاستعمال الشخصى للمدين ولمن يعوله . وبذلك لا تنطبق أحكام الامتياز إذا كان توريدها بقصد الاتجار فيهـــا .

ويقصد بمن يعولهم المدين الأشخاص الذين يعيشون فى كنفه وفى منزله كالزوجة والأصول والفروع أيا ما كانت أعمارهم (١) .

ويلاحظ اخيرا أن المشرع حدد هذا الامتياز بالمبالغ المستحقة عن الستة الأشهر السابقة على التنفيذ على أموال المدين ، أو وفاته أو افلاسه أو اعساره . أما ما يستحق عن مدة سابقة فيعتبر من الديون العادية ، مع ملاحظة أنها تسقط بمضى سنة من استحقاقها ، إذا حلف المدين بها ، أنه قد أداها (م ١/٣٧٨) .

٢٣٣ — امتياز النفقة المستحقة للأقارب :

جاء هذا الامتياز العام فى نص المادة ١١٤١ ايضا . وهو يتضمن المبالغ المستحقة فى ذمة المدين لأقاربه عن الستة أشهر الأخيرة .

ويتأسس هذا الامتياز على اعتبارات اجتماعية وإنسانية ، تملى توفير أقوى الضمان لتحصيل النفقة التى يستحقها قانونا أقارب المدين .

ويدخل فى نطاق الديون الممتازة النفقة القانونية التى تجب على المدين عن الستة الأشهر الأخيرة . فيشترط أن تستحق النفقة قانونا ، سواء صدر بهـا حكم من القضاء ، أو تراضى عليها الدائن والمدين .

ويعتبر فى حكم الأقارب كل من يتوافر فيه الاستحقاق القانونى للنفقة سواء كانت زوجة المدين أو غيرها من أقاربه .

---

(١) بيدان وفواران المرجع السابق ص ٤٣٩ .

المبحث الثالث

الامتيازات الخاصة المنقولة

٢٣٤ - تقسيم وإحالة :

قدمنا فى دراستنا للأحكام العامة فى الفصل السابق ، أن الامتيازات الخاصة هى حقوق عينية ترد على منقولات أو عقارات معينة بالذات . وبهذه المثابة تكفل استيفاء الدين بالافضلية من المقابل النقدى للمال المحمل بالامتياز ، وتجيز تتبعه تحت يد الغير ، مالم يتعطل هذا التتبع بقاعدة الحيازة فى المنقول سند الحائز .

ومضت الاشارة ايضا إلى تنوع الاعتبارات التى دفعت المشرع إلى تقرير الامتيازات المنقولة الخاصة ، فهى تارة تتأثر بأن الدائن هو صاحب الفضل فى المحافظة على الشىء والابقاء عليه بين الأموال الضامنة لحقوق الدائنين . وهى تارة اخرى تستند إلى فكرة الرهن القانونى باعتبار أن ارادة المدين الضمنية انصرفت إلى توفير الضمان الخاص للدائن بمناسبة منقولات معينة بالذات . وأحيانا يتأسس الامتياز على فكرة أن الدائن هو الذى أدخل الشىء فى ذمة المدين ، ومن العدل عندئذ أن يظل الوفاء بحقه مضمونا بهذا الشىء .

وأيا ما كان الأمر فى تقرير هذه الاعتبارات ، فهى لا تتجاوز نطاق الجهد الفقهى . أما السند القانونى للامتياز فهو نص التشريع ، الذى ينفرد وحده بتقرير جدارة الدين بالافضلية . فيضعه فى المرتبة التى يقدرها بين مراتب الامتياز .

ونقنع بهذه الاشارة المتقدمة ، ونحيل فى تفصيلها لدراستنا فى الفصل السابق التى عالجنا فيها الأحكام العامة لحقوق الامتياز .

وفيما يلى نعالج كل امتياز على انفراد ، وفقاً للأحكام التى أدلى بها المشرع فى النصوص الواردة فى الباب الاخير من التقنين المدنى .

٢٣٥ — امتياز مصروفات حفظ المنقول وترميمه :

تنص المادة ١١٤٠ على ما يأتى « المبالغ التى صرفت فى حفظ المنقول وفيما يلزم له من ترميم ، يكون لها امتياز عليه كله — وتستوفى هذه المبالغ من ثمن هذا المنقول المثقل بحق الامتياز بعد المصروفات القضائية والمبالغ المستحقة للخزانة العامة مباشرة . أما فيما بينها فيقدم بعضها على بعض بحسب الترتيب العكسى لتواريخ صرفها » .

الحكمة من هذا الامتياز هى تمكين من قام بالمحافظة على منقولات مملوكة للمدين ، من التقدم على سائر الدائنين فى استيفاء ما أنفق من مصروفات. إذ لولا هذا الدائن ، لهلكت المنقولات أو تلفت (١).

نطاق الأفضلية يستفاد من نص المادة ١١٤٠ أن هذا الامتياز يضمن الوفاء فقط بالمصروفات التى أنفقت فى حفظ المنقول وترميمه .

والمقصود بهذه المصروفات هى تلك التى لولاها لهلك الشىء ، أو أصبح معيباً غير صالح لأداء الغاية منه ، من ذلك مثلا ما ينفق على حيوان لانقاذ حياته ، أو على سيارة للمحافظة عليها وتمكينها من متابعة السير ، أو ما يصرف على مفروشات كانت مهددة بالهلاك أو التلف .

وتطبيقاً للمعيار المتقدم لا يتضمن نطاق الأفضلية ، المصروفات النافعة ، التى قد ترفع من قيمة الشىء ، ولكنها لم تكن ضرورية لحفظ الشىء أو الإبقاء على صلاحيته للاستعمال . مثال ذلك ما ينفق لطلاء الأثاث ، وتحسينه ، أو

---

(١) راجع بودان وفواران ج ١٣ فقرة ٥٠٠ .

مايصرف على سيارة بقصد رفع قيمتها . مثل هذه المصروفات لا تعتبر ديوناً ممتازة ، ولكن الدائن بها مزود بضمان آخر يستفاد من القواعد العامة فى حق الحبس . فهو يستطيع إذا كان المنقول فى حوزته أن يمتنع عن تسليمه حتى يستوفى ماهو مستحق له طبقاً لنص المادة ٢٤٦ من التقنين المدنى . هذا الحبس لا يخول الدائن امتيازاً على ثمن المنقول المحبوس. بل يخضع لقاعدة المساواة بين الدائنين فى استيفائه .

وقد تدق التفرقة بين مصروفات ضرورية ونافعه ، والأمر فى تحديدها يترك لتقدير القاضى على ضوء المعيار الذى أخذ به القانون. فيكون الدين ممتازاً إذا كان ما أنفقه الدائن قد أدى إلى حفظ الشيء أو أبقى على صلاحيته للاستعمال المعد له . والعبرة فى هذا الشأن بالنتيجة التى أفضت إليها هذه المصروفات ، بصرف النظر عن نية من أنفقها . وعلى الدائن أن يقيم صلة السببية بين المصروفات التى أنفقت ، والنتيجة التى ترتبت عليها بحفظ الشيء وصيانته (١).

وعاء الأفضلية : ينصرف هذا الامتياز إلى المنقولات فقط دون غيرها. أما العقار فلم يؤثره المشرع بهذا الحكم ، بل قصر الحكم بشأنه على امتياز المقاول والمهندس المعمارى ، وفى هذا الشأن توسع فى نطاق الأفضلية فجعلها شاملة لكل ما يستحق نتيجة تحسين العقار أو إقامة منشآت عليه . على أنه يلاحظ من ناحية أخرى أن الدائن لايستوفى حقه إلا فى حدود زيادة قيمة العقار بعد التحسين أو الإنشاء .

أما بالنسبة لامتياز حفظ المنقول وترميمه فيرد الامتياز على القيمة النقدية للمنقول .

مرتبة الامتياز : يأتى هذا الامتياز طبقاً لنص المادة ١١٤٠ فى المرتبة الثالثة بعد المصروفات القضائية ، وامتياز المبالغ المستحقة للخزانة العامة وقبل أى امتياز آخر .

---

(١) بلانيول وريبير وبيكيه ج ١٢ فقرة ١٨١ .

أما إذا تعددت مصروفات الحفظ والترميم، فالمفاضلة بينها تقوم على الترتيب العكسي لتواريخ صرفها . فما انفق أخيراً أولى مما أنفق قبله . وعلة هذا الحكم أن المصروفات الأخيرة لها الفضل فى أن المنقول لازال محتفظا بكيانه أو صالحاً للاستعمال .

على هذا النحو يحتل امتياز حفظ المنقول وترميمه مرتبة متقدمة، تفصح عن عناية المشرع بإيثار الدائن بمركز مفضل . وتظهر فائدة هذا الامتياز بصفة خاصة ، إذا كان المنقول فى حيازة من أنفق مصروفات الحفظ والصيانة . وذلك أنه يستطيع تدعيم حقه بحبس المنقول استناداً إلى حكم المادة ٢٤٦ من التقنين المدنى . وهو بهذه المثابة يفضل الدائن الحابس فى الصور العادية ، لأنه يتمتع بأفضلية على ثمن المنقول إذا تم بيعه بناء على طلبه ، أوطلب أى دائن آخر .

أما إذا لم يكن المنقول فى حيازته ، فهنا قد يتعرض حقه للخطر ، وبصفة خاصة إذا اعتصم شخص بحيازة توافر فيها السبب الصحيح وحسن النيه ، إذ يتلقى الحائز ملكية المنقول أو الحق العينى المقرر عليه ، خالصاً من القيود والتكاليف العينية . أشارت المادة ٢/٩٧٦ إلى هذا الحكم بقولها « إذا كان حسن النية والسبب الصحيح قد توافر لدى الحائز فى اعتباره خاليا من القيود والتكاليف العينية ، فإنه يكسب الملكية خالصة منها » . ومفاد هذا الحكم أن المتصرف إليه لايحتج عليه بامتياز الدائن بمصروفات الحفظ والترميم ، مادام حسن نية يجهل وجود هذا الامتياز . والأصل هو حسن النية مالم يثبت العكس .

وإذا كان المتصرف إليه لم يدفع الثمن ، فيجوز للدائن بالمصروفات أن يحجز ما لمدينه لدى الغير . ويباشر الأفضلية التى خولها له القانون .

عنى المشرع بترديد هذا الحكم فى الأسس العامة لحقوق الامتياز ، فقرر كما سبق البيان ، فى المادة ١١٣٣ أنه لا يحتج بحق الامتياز على من حاز المنقول

بحسن نية . ويعتبر حائزاً فى حكم هذه المادة مؤجر العقار بالنسبة إلى المنقولات الموجودة فى العين المؤجرة ، وصاحب الفندق بالنسبة إلى الأمتعة التى يضعها النزيل فى الفندق . ومقتضى هذا الحكم تقرير حيازة قانونية لمؤجر العقار ، وصاحب الفندق . وبالتالى فاذا توافر لدى أحدهما حسن النية فى حيازة المنقولات محل الامتياز ، جاز له أن ينكر أى امتياز تقرر على هذهالمنقولات حتى ولو كان متقدماً عنه فى المرتبة .

تطبيقاً لما تقدم إذا وضعت منقولات فى عين مؤجرة ، وقام شخص بإنفاق مصروفات حفظ أو ترميم عليها ، فإن مؤجر العقار يتقدم فى استيفاء الأجرة من المنقولات ، على الدائن بمصروفات الحفظ والترميم ، رغم أن الأخير يحتل طبقاً لنص القانون ، مرتبة متقدمة .

وإذا أراد منفق مصروفات الحفظ والترميم أن يحافظ على امتيازه ، وجب عليه إثبات علم المؤجر بوجود امتيازه ، وهو إثبات عسير المنال . ولعل خير وسيلة لحماية حقه ، هى إخطار المؤجر بالإصلاحات التى باشرها ، وباستحقاق هذه المصروفات فى ذمة المستأجر . هذا الإخطار ينفى عن المؤجر صفة الحائز حسن النية ، وبالتالى ترتد الأمور إلى أصلها ، فيحتل امتياز مصروفات الحفظ والترميم مرتبته الأولى ، ويتقدم على امتياز مؤجر العقار .

كذلك يكون الحال أيضاً إذا انتقلت حيازة المنقول إلى دائن مرتهن حسن النية . فهو بمقتضى نص م ١١٣٣ لا يحتج عليه بحق الامتياز ، باعتباره أنه حائز للمنقول .

ويثور التساؤل إذا خصصت المنقولات التى أنفق عليها مصروفات الحفظ والصيانة ، لخدمة عقار أو استغلاله ، وكان هذا العقار مرهوناً رهناً رسمياً . وقد قدمنا بشأن التزاحم بين بائع المنقول الذى لم يستوف ثمنه ، والدائن المرتهن أن الأفضلية تكون للأخير . وأسسنا هذا الحكم بصفة خاصة على نص المادة

١١٤٥ التى تقرر امتياز بائع المنقول . إذ جاء فيها أن هذا الامتياز يظل قائماً دون اخلال بالحقوق التى كسبها الغير بحسن نية(١) .

ولكن الأمر يختلف بشأن التزاحم بين الدائن المرتهن ، والدائن بمصروفات الحفظ والصيانة .

لا شك أن المنقولات بتخصيصها لخدمة العقار أو استغلاله تأخذ حكمه فيتعلق بها حق الدائن المرتهن . ولكن من ناحية أخرى يلاحظ أن مرتبة الامتياز التى كفلها المشرع لمنفق مصروفات الحفظ والصيانة ، لا يحد من اطلاقها سوى حيازة المنقول بحسن نية . إذ لايوجد حكم عام ، على غرار ما جاء فى امتياز بائع المنقول ، يقيد مرتبة الامتياز بحقوق الغير حسن النية ، أيا من كان هذا الغير .

ولذلك يبدو لنا أن الأفضلية فى هذا الصدد تمنح للدائن بمصروفات الحفظ والترميم ، فيتقدم على الدائن المرتهن رهنا رسميا . ولعل الحكمة من تقرير هذا الامتياز تسند هذا الاتجاه . فهو مقرر على اعتبار أن انفاق المصروفات كان لها الفضل فى الابقاء على المنقولات ، وتمكين الدائنين الآخرين من الاستفادة منها .

وخلاصة هذا الاتجاه أن الدائن المرتهن رهنا رسميا يتقدم على بائع المنقول باعتبار أن المشرع قيد هذا الامتياز بنص صريح بعدم الاخلال بالحقوق التى كسبها الغير بحسن نية . ولكنه يتأخر عن منفق مصروفات الحفظ والترميم ، على أساس أن هذا الامتياز جاء خاليا من القيد المتقدم ، ولا يحد من اطلاقه سوى حيازة الغير حسن النية طبقاً لنص المادة ١١٣٣ .

٢٣٦ - امتياز مصروفات الزراعة ، ومقابل الالآت الزراعية :

تنص المادة ١١٤٢ على ما يأتى « المبالغ المنصرفة فى البذر والسماد وغيره من

---

(١) راجع ما تقدم فقرة ٩٢ .

مواد التخصيب والمواد المقاومة للحشرات ، والمبالغ المنصرفة فى أعمال الزراعة والحصاد ، يكون لها امتياز على المحصول الذى صرفت فى إنتاجه وتكون لها جميعا مرتبة واحدة – وتستوفى هذه المبالغ من ثمن المحصول مباشرة بعد الحقوق المتقدمة الذكر – وكذلك يكون للمبالغ المستحقة فى مقابل آلات الزراعة حق امتياز فى نفس المرتبة على هذه الآلات » .

امتياز مصروفات الزراعة : تعتبر من الديون الممتازة المبالغ التى تنفق فى استغلال الأراضى الزراعية وإعداد المحصول ، وذلك كثمن البذور وغيره من مواد التخصيب والمواد المقاومة للحشرات ، وأجور العمال الزراعيين ، واستئجار الآلات . وبعبارة موجزة تدخل فى نطاق الامتياز كل المبالغ التى تستحق فى سبيل استغلال الأرض وزرعها ، منذ إعدادها حتى جنى محصولها .

ويلاحظ أن ثمن البذور والسماد يضمنه امتياز بائع المنقول أيضاً . ولكن هذا الامتياز المقرر للمصروفات الزراعية يفضل امتياز بائع المنقول من ناحيتين : ١ – فهو أكثر اتساعا من حيث وعاء الأفضلية ، حيث ينصب على المحصول الذى أنفقت فيه المصروفات. ٢ – وهو أكثر ضماناً واستقراراً ، لأن البذور والسماد تختلط بالإرض وتفقد معالمها ، وبالتالى يزول امتياز بائع المنقول ، لأنه مقيد فى مباشرته بأن يظل المنقول محتفظاً بذاتيته . بل وإلى جانب ذلك فهو يحتل مرتبة متقدمة تجعله فى مركز أفضل من امتياز البائع .

ويتحدد وعاء الأفضلية فى هذا الامتياز بالمقابل النقدى للمحصول الذى صرفت هذه المبالغ فى إعداده ، وذلك بصرف النظر عن مدة بقاء المحصول بالأرض . ويقع على الدائن عبء إثبات أن دينه المستحق فى ذمته قد أنفق فى مصروفات الزراعة .

وذهب جانب من الفقه إلى أن تسجيل تنبيه نزع ملكية الأرض يفضى إلى زوال هذا الامتياز ، باعتبار أن الثمار تلتحق بالعقار وتأخذ حكمه ، بينما يعتبر

امتياز مصروفات الزراعة من قبيل الحقوق المنقولة .

ويلاحظ أن المشرع يعنى بإلحاق الثمار بالعقار ، توفير الضمان للدائنين فى استيفاء حقوقهم . ولكن ذلك لا يؤدى بأية حال إلى إهدار الحق العينى المقرر لدائن على هذه الثمار بحكم القانون . ومن ثم يظل امتياز مصروفات الزراعة قائما ، لا يتأثر بالحجز على العقار وإلحاق الثمار به (١) . ويجوز له استيفاء دينه بالمرتبة الممتازة من ثمن هذه الثمار بعد جنيها .

ولا يؤثر على بقاء هذا الامتياز ، أن يكون المدين قد باع المحصول وهو قائم فى الأرض ، لأن حق الدائن بالمصروفات تعلق به بحكم القانون . أما إذا تم جنى المحصول ، وتصرف فيه المدين إلى حائز حسن النية ، فهنا لا يجوز الاحتجاج بالامتياز على حائز المنقولات إذا توافر لديه حسن النية كما قدمنا ـ م ١١٣٣ / ١ ـ(٢) فى دراسة الأحكام العامة .

وتأتى مرتبة هذا الامتياز فى الدرجة الخامسة ، بعد المصروفات القضائية وامتياز الخزانة العامة ، ونفقات حفظ المنقول وترميمه ، وحقوق الامتياز العامة .

وإذا تزاحم دائنون ممتازون من نوع واحد ، كأن تنازع بائع البذر مع بائع السماد ، فإن كلا منهما يستوفى حقه بنسبة ما هو مستحق له تطبيقاً للمبدأ الذى وضعته المادة ١١٣١ بقولها « إذا كانت الحقوق الممتازة فى مرتبة واحدة فإنها تستوفى بنسبة قيمة كل منها مالم يوجد نص يقضى بغير ذلك » .

امتياز الآلات الزراعية : وهو الامتياز الذى أشارت إليه المادة ١١٤٢ فى فقرتها الأخيرة بقولها وكذلك يكون للمبالغ المستحقة فى مقابل الآلات الزراعية حق امتياز فى نفس المرتبة على هذه الآلات .

---

(١) راجع فى هذا المعنى عبد الفتاح عبد الباقى ص ٧١٠ ، سليمان مرقس فقرة ٣٥٣ .

(٢) أنظر لوى بوابيه انسكلوبيدى دالوز ج ٤ ص ٢٥٢ بند ٢٢٧ . قارن كولان وكابيتان ج ٢ فقرة ١٥٥٧ .

هذا الامتياز ، على غرار ما سبقه ، يعبر عن حرص المشرع على تدعيم الائتمان الزراعي ، وبعث الثقة فى الدائن الذى يتعامل مع طبقة المزارعين .

وقد يبدو أن هذا الامتياز يعتبر تطبيقاً لامتياز بائع المنقول . ولكن يلاحظ أنه يختلف عنه من حيث نطاق الأفضلية. فهو لا يكفل ضمان الوفاء بثمن الآلة وملحقاته فقط ، بل يمتد أيضاً إلى ما ينفق عليها من مصروفات فى إصلاحها أو تحسينها . وفى هذا الصدد أيضاً يتميز عن امتياز مصروفات الحفظ والترميم فهو يتسع لما ينفق على سبيل المنفعة أو التحسين (١) .

وتستفاد الأحكام المتقدمة من الصياغة المرنة التى استخدمها المشرع لتحديد نطاق الأفضلية ، فهو يجعل الامتياز ضامناً لكل مقابل يستحق لشخص بمناسبة الآلة الزراعية .

ويتحدد وعاء الأفضلية بالمقابل النقدى للآلة الزراعية التى لم يدفع ثمنها ، أو التى أنفق عليها مصروفات نافعة أو ضرورية .

ويحتل هذا الامتياز مرتبة مماثلة لمرتبة المصروفات الزراعية . وإذا تزاحم عدة دائنين استحقت لهم ديون مقابل الآلة ، كبائعها مثلا . ومنفق المصروفات النافعة ، فهنا يتقاسم كل دائن ثمن البيع بنسبة الدين المستحق تطبيقاً للمبدأ العام فى تساوى عدة امتيازات فى المرتبة (م١١٣١ / ٢). ويلاحظ أن الدائن بمصروفات حفظ وصيانة ، من صالحه أن يستند إلى الامتياز المقرر بصفة عامة لمن أنفق هذه المصروفات ، فهو بهذه المثابة يحتل مرتبة أفضل من تلك التى يكفلها له امتياز الآلات الزراعية .

ويخضع هذا الامتياز لحساسية كافة حقوق الامتياز المنقولة ، فيصطدم بقاءه بحيازة من توافر لديه حسن النية ، وذلك تطبيقاً لنص المادة ١١٣٣ / ٢

---

(١) راجع مجموعة الأعمال التحضيرية جـ ٧ ص ٣١١ .

التى تقرر عدم جواز الاحتجاج بحق الامتياز على من حاز المنقول بحسن نية .

امتياز بنك التسليف الزراعى والتعاونى : نصت المادة ٦ من المرسوم بقانون رقم ٥٠ لسنة ١٩٣٠ المعدل بالقانون رقم ١٣٩ لسنة ١٩٤٨ الخاص بالترخيص بالاشتراك فى انشاء بنك زراعى على ما يأتى « تكون المبالغ التى يقرضها البنك لنفقات الزراعة والحصاد، والمبالغ المستحقة له ثمنا لشراء سماد مضمونة بحق امتياز يجىء فى الترتيب مع الامتياز المقرر فى الفقرة (رابعاً) من المادة ٦٠١ من القانون المدنى الاهلى وفى الفقرة ثالثا من المادة ٧٢٧ من القانون المدنى المختلط (المقابلة للمادة ١١٤٢ من التقنين الحالى) . وينفذ هذا الامتياز على الثمن الناتج من بيع محصول السنة التى عقدت القروض أو تمت المشتريات من أجله. وتعتبر المبالغ التى تقرض لنفقة الزراعة والحصاد قد استعملت فعلا فى هذه فى هذه الشئون ولا يقبل الدليل على خلاف ذلك » .

وواضح أن النص المتقدم يضع أحكاما يقصد بها تدعيم الائتمان الزراعى ، والتيسير على بنك التسليف فى استيفاء القروض التى يمنحها للزراع لمواجهة نفقات الزراعة .

ويخضع هذا الامتياز للأحكام المتقدمة التى وردت فى التقنين المدنى من حيث الدين الممتاز ووعاء الأفضلية ، ومرتبة الامتياز .

ولكن المشرع أراد أن يكفل لبنك التسليف أوفر الضمان فى الحصول على حقه، فوضع قرينة قانونية لا تقبل اثبات العكس، على أن المبالغ التى اقرضها البنك لأحد الزراع لنفقة الزراعة والحصاد قد استخدمت فعلا لهذا الغرض . ولا يقبل اقامة الدليل على أن هذه المبالغ انفقت لغرض آخر ، مادام الزارع قد اقترضها لنفقة الزراعة والحصاد . والحكمة من هذه القرينة هى تفويت الغرض على من يتذرع بسد حاجات الزراعة للاقتراض من البنك لتحقيق غايات أخرى . وخير ضمان يكفله القانون هو تقرير الامتياز بقوة القانون على ثمن محصولات السنة ، مع عدم السماح باثبات أن القروض لم تنفق لانتاج المحصول .

٢٣٧ - امتياز مؤجر العقار :

تنص المادة ١١٤٣ فى فقرتها الأولى على أن أجرة المبانى والأراضى الزراعية لسنتين أو لمدة الإيجار إن قلت عن ذلك ، وكل حق آخر للمؤجر بمقتضى عقد الإيجار ، يكون لها جميعاً امتياز على ما يكون موجوداً بالعين المؤجرة ومملوكاً للمستأجر من منقول قابل للحجز ومن محصول زراعى .

استقر الفقه التقليدى منذ زمن بعيد على تأصيل هذا الامتياز بالاستعانة بفكرة الرهن الضمنى . وترتد أصل هذه الفكرة إلى عصر القانون الرومانى(١) حينما توصل أحد ملاك العقارات أن يتقدم على سائر دائنى المستأجر ، فى استيفاء الأجرة من المنقولات الموضوعة بالعين المؤجرة . ومنذ ذلك التاريخ أخذت فكرة الرهن الضمنى طريقها إلى الرواج ، حتى استقرت فى الاتجاه الغالب فى الفقه الحديث .

ويلاحظ أن هذا التصوير لو أخذ بظاهره ، لوجب القول إنه يقوم على افتراض لا يستند إلى الواقع ، ويستجيب إلى مجرد حرص الفقه على المحافظة على أصول تاريخية قديمة .

ولعل الأقرب إلى الصواب ، هو إسناد هذا الامتياز إلى فكرة الرهن الذى يقرره القانون بنص خاص ، دون حاجة لتلاقى إرادة المدين والدائن (٢) .

وقد أصطنع المشرع أداة قانونية تلائم تصوير هذا الامتياز على أنه تأمين قانونى يأخذ حكم الرهن . فأسند إلى الدائن حيازة حكمية ، تتميز فى مظهرها الخارجى بطابع خاص .

---

(١) بودان وفواران جـ ١٣ فقرة ٤٦٣ - لوى بوايه انسكلوبيدى داللوز جـ ٤ ص ٢٤٠ فقرة ١٩ .

(٢) بلانيول وريبير وبيكيه جـ ١٢ فقرة ١٤٢ - كانكارليه - المرجع السابق ٥٧ .

وعلى هذا النحو اعتبر مؤجر العقار ، حائزاً للمنقولات التى تتضمن الوفاء بحقه فى الأجرة . وتنفرد هذه الحيازة بأنها تستند إلى نص فى القانون . ولكنها لا تستجيب إلى الواقع ، لأن الحيازة الفعلية تتوافر للمستأجر ، فقد انتزع المشرع بعض السلطات القانونية التى تكفلها الحيازة ، ومنحهـا للمؤجر ، لتمكينه من الاستفادة بامتيازه على نطاق واسع ، ولبسط كافة أحكام الحيازة على مركزه بالنسبة لهذه المنقولات (١) .

هذه الأداة القانونية أفضت إلى اعتبار امتياز مؤجر العقار ، مؤسساً على فكرة الرهن ، واقتضت خلع صفة الحائز عليه ، حتى يتيسر له السيطرة على المنقولات محل الامتياز ، على نحو يكفل تطبيق هذا الضمان الخاص على أوسع نطاق .

وقد ألقى المشرع بهذه الأداة المتقدمة فى صياغة موجزة جاءت فى المـــادة ٢/١١٣٣ بقولها «يعتبر حائزاً فى حكم هذه المادة مؤجر العقار بالنسبة إلى المنقولات الموجودة فى العين المؤجرة» .

وقد سبق البيان أن هذه المادة وضعت فى فقرتها الأولى حكماً عاماً يعتبر من أسس حقوق الامتياز ، ويقضى بعدم الاحتجاج بحق الامتياز على من حـاز المنقول بحسن نية .

وأشار المشرع مرة أخرى إلى صفة المؤجر كحائز للمنقولات الموجودة فى العين المؤجرة ، فقرر فى المادة ٤/١١٤٣ أن المبالغ الممتازة تستوفى من ثمن الأموال المثقلة بالامتياز بعد الحقوق التى تسبقه فى المرتبة ، إلا ما كان من هذه الحقوق غير نافذ فى حق المؤجر باعتباره حائزاً حسن النية .

خلاصة القول مما تقدم أن امتياز مؤجر العقار يستند إلى فكرة الرهن المقرر

---

(١) كاربياك (حماية الدائن فى التأمينات الاتفاقية الواردة على منقولات دون نقل حيازتها) رسالة من مونبليه ١٩٥٤ ص ١٨٨ فقرة ١٣٥ .

بنص القانون ، وأن الأداة القانونية التى أصطنعها المشرع لتنظيم أحكام هذا الامتياز ، هى تمكين المؤجر من حيازة افتراضية ، تكفل له حماية حقه ، والسيطرة على المنقولات محل الامتياز على النحو الذى نبينه فيما يلى .

ويضيف الفقه بشأن الأراضى الزراعية ، أن أساس الامتياز على المحاصيل ، يقوم على فكرة أخرى قوامها أن استئثار المستأجر بثمار الأرض ، كان نتيجة مباشرة لتمكينه من الانتفاع بها . وعلى هذا النحو فصاحب الفضل فى هـذا الانتفاع ، وهو المؤجر ، يعتبر أولى الدائنين بالرعاية ، فى استيفاء ما يستحق له من اجرة .

وأياً ما كان الأمر ، فالواقع أن امتياز مؤجر العقار يستجيب إلى اعتبارات عامة تتعلق بحماية طبقة المستأجرين وبتدعيم الائتمان الزراعى . فإن هذا الضمان القانونى يبعث الثقة فى نفس المؤجر ، على نحو يفضى إلى إعفاء المستأجر من إرهاق فى الشروط التى قد تفرض عليه ، إذا لم يكن استيفاء الأجرة ديناً ممتازاً . وقد أراد المشرع أن يجنب المستأجر وقوعه فى الحرج ، إذا ما اضطر لسداد أجرة معجلة ، أو تقديم ضمانات اتفاقية مرهقة . فتخير المنقولات التى لا غنى له عنها ، وجعل منها ضماناً للمؤجر ، دون أن يحرم المستأجر من استعمالها بحرية مكفولة .

وسنعنى فيما يلى بدراسة نطاق الأفضلية وهى المبالغ التى يضمنها الامتياز ، ثم وعاء الأفضلية أى الأشياء التى يستطيع المؤجر استيفاء حقه من مقابلها النقدى . ثم نحدد فى خاتمة البحث مرتبة الامتياز ، وهى خاضعة فى أحكامها للحيازة الافتراضية التى أسندها المشرع لمؤجر العقار بالنسبة إلى المنقولات الموجودة فى العين المؤجرة .

نطاق الأفضلية . : يتحدد نطاق الأفضلية وفقاً لنص الفقرة الأولى من المادة ١١٤٣ بأجرة المبانى والأراضى الزراعية لسنتين أو لمدة الإيجار إن

قلت عن ذلك ، وكل حق آخر للمؤجر بمقتضى عقد الإيجار.

أول ما يلاحظ على نطاق هذا الامتياز ، أنه يتناول ما يستحق لمؤجـــر العقار صاحب الولاية فى تأجيره ، بصرف النظر عن كونه مالكاً لهذا العقار. فيثبت الامتياز إذن لصاحب حق الانتفاع ، وللدائن المرتهن رهن حيازة إذا باشر سلطة الاستغلال بتأجير العقار ، ويزود به بصفة عامة كل من يكون له حق الإدارة (١) .

ويتحدد نطاق الإيجار من حيث المحل ، بالمبانى والأراضى الزراعية ، أياً ما كانت وجهة استغلالها أو استعمالها . ولا يغير من صفة الدين الممتاز أن يكون الإيجار وارداً على منازل أو شقق مفروشة (٢) .

ويجب أن تكون الديون مستحقة عن عقد إيجار توافرت فيه شروط الصحة . فإذا كان الإيجار باطلا ، لا يثبت الامتياز للمؤجر . وكذلك الحال أيضاً إذا انتهى العقد دون أن يتجدد ضمنياً . وبعبارة أخرى يجب أن يستند الانتفاع بالعين المؤجرة إلى عقد إيجار ، وإلا كان مصدر الالتزام الإثراء بلا سبب وهو لا يخول للدائن بالتعويض امتيازا.

على ضوء ما تقدم ، يتحدد نطاق الأفضلية بالأجرة المستحقة عن عقـــد إيجار صادر من ذى ولاية لإبرامه . ولكن المشرع لم يبسط الامتياز على كل الاستحقاقات السابقة ، بل حددها بأجرة سنتين سابقتين ، أو بمدة الإيجار إن قلت عن ذلك . وهو فى هذا الحكم قد راعى حماية الدائنين الآخرين ، وحرص أيضاً على حماية ائتمان المدين .

---

(١) ريبير وبولانجيه جـ ٢ فقرة ١٥١٦ - بلانيول وريبير وبيكيه فقرة ١٤٣ .

(٢) كولان وكابيتان جـ ١٢ فقرة ١٥١٦ - وبلانيول وريبير وبيكيه فقرة ١٤٤ ، وتتضاءل الأهمية العملية لامتياز المؤجر على إيجار الشقق المفروشة ، نظرا لأن المستأجر فى غالب الأحيان لا يكون له منقولات تخضع لوعاء الامتياز . وفضلا عن ذلك فإنه دائما ماتدفع أجرة الشقة المفروشة مقدما .

ويلاحظ أن النص جاء مطلقاً ، فلم يقيد الامتياز بالمدة التى تسبق مباشرة التنفيذ على هذه المنقولات واستيفاء الأجرة من ثمنها . وعلى هذا النحو يتحدد الامتياز فى حدود سنتين سابقتين دون تحديد نطاقها الزمنى ، بشرط ألا يكون الدين قد سقط حق المطالبة به بمضى المدة ، وتمسك المدين بهذا التقادم .

يتناول نطاق الأفضلية إلى نجانب الأجرة ، ما يستحق فى ذمة المستأجر بموجب عقد الإيجار . وبذلك تعتبر من الديون الممتازة ، ما يلتزم به مـــن مصروفات أو تعويضات ، ومثالها ما يستحق عليه كتعويض عن إساءة استعمال العين المؤجرة ، أو ما يترتب عليه من مسئولية بسبب حريق العين المؤجرة. والمعيار فى تحديد الأفضلية فى هذا الصدد ، هو أن الامتياز يمتد إلى كل مبلغ يستحق بسبب عقد الإيجار .

وعاء الأفضلية : لا تثور الصعوبة بالنسبة للأراضى الزراعية ؛ فحق المؤجر يتحدد من حيث وعاء الأفضلية ، بالمحصولات التى تغلها الأراضى ، وكافة المنقولات التى يضعها المستأجر فيها ، وهى فى العادة لا تتجاوز الآلات والمواشى المعدة لاستغلالها .

ولكن الأمر يدق بالنسبة لتحديد المنقولات الموجودة فى العين المؤجرة إذا كانت من العقارات المبنية . وأول ما يلاحظ فى هذا الشأن أن المشرع أخرج من وعاء الأفضلية كافة المنقولات التى لا يجوز الحجز عليها .

ولكن الصعوبة تثور فى تحديد أى المنقولات القابلة للحجز ؛ التى تدخل فى وعاء الأفضلية . فالمستأجر يضع عادة منقولات مادية ومعنوية ؛ وتختلف الغاية من وضعها .

ولعل أصدق معيار يعين على بيان المنقولات التى تخضع لهذا الامتياز ، هو الالتجاء إلى التصوير المتقدم فى تقرير هذا الضمان . فقد قدمنا أنه قائم على فكرة الرهن القانونى ، ومن ثم ينبغى التضييق من وعاء الأفضلية ، وجعله

قاصراً على المنقولات المادية التى توضع فى العين المؤجرة . بقصد استعمالها فى الغاية من استئجارها (١). بل ويمكن الاستناد إلى الصياغة الفرنسية لنص المادة ١١٤٣ لتدعيم هذا المعيار. فهى تعبر عن المعنى المادى للشئ المنقول ، وتتضمن فكرة التخصيص للاستعمال الذى يهدف إليه المستأجر . ويتضح ذلك من عبارة les meubles garnissant les lieux

على ضوء المعيار المتقدم يخرج من وعاء الأفضلية كافة المنقولات المعنوية ، وذلك كالسندات المثبته لديون مستحقة للمستأجر فى ذمة الغير ، أو الوثائق المقررة للاستغلال المالى لحقوق المؤلف . بل وفى نطاق المنقولات المادية ، نميل إلى ترجيح الاتجاه الذى يخرج من نطاق الامتياز الأشياء التى لا توضع عادة فى عين مؤجرة ، أو بعبارة أخرى المنقولات الخفية التى لا يفترض علم المؤجر بها ، ولا تدخل فى تقديره سلفاً وهو بسبيل منح الائتمان للمدين . وتطبيقاً لهذا الاتجاه يفلت من وعاء الأفضلية النقود بصفة عامة (سواء كانت معدنية أو عملة ورقية) ، والجواهر والأحجار الثمينة أيضاً (٢) .

و أياً ما كان الأمر فى تقدير الاتجاه إلى التضييق من وعاء الأفضلية ، فالمشرع زود المؤجر بوسيلة فعالة تكفل له تمكينه من مباشرة الامتياز . إذ تجيز المادة ٥٨٨ للمؤجر أن يلزم المستأجر بوضع منقولات كافية لضمان الوفاء بأجرة سنتين ، أو عن كل مدة الإيجار إن قلت عن سنتين .

وغنى عن البيان أنه تستثنى من الأحكام المتقدمة المنقولات التى يمتنع الحجز عليها قانوناً ، كملابس المستأجر وأقاربه والكتب وأدوات الصناعة اللازمة للمهنة وعتاده الحربى ، وغير ذلك مما تنص عليه المادة ٤٨٤ وما بعدها من قانون المرافعات .

---

(١) بلانيول وريبير وبيكيه ج ١٢ فقرة ١٥٦ — بودان وفواران ج ١٣ فقرة ٤٦٧ .

(٢) لا يلقى هذا الرأى تأييدا شاملا بالنسبة للجواهر . أنظر بودان وفواران المرجع السابق — بلانيول وريبير وبيكيه المرجع السابق . قارن أوبرى ورو ج ٣ ص ١٩٣ — عبد الفتاح عبد الباقى ص ٧٢٥ .

وأخيراً يلاحظ بالنسبة لامتياز أجرة الأراضى الزراعية ، أن وعاء الأفضلية يتحدد بصفة خاصة بالمحصولات الموجودة فى الأراضى المؤجرة بصرف النظر عن تاريخ انتاجها. ويتضمن فضلا عن ذلك كافة المنقولات الموجودة بها ، كالمركبات والآلات الزراعية والبذور والأسمدة وغيرها .

ولا يشترط دوام بقاء المنقولات فى العين المؤجرة لتقرير الامتياز المؤجر عليها . وإنما يكفى أن تبقى المدة الكافية التى تنفى عنها صفة الحيازة العارضة . وعلى هذا النحو يرد امتياز مؤجر المحل التجارى ، فضلا عن المنقولات الموضوعة فيه بقصد تجهيزه ، على البضائع الموجودة أيضاً .

حكم المنقولات المملوكة للغير : الأصل أن وعاء الأفضليـة لايتضمن إلا المنقولات المملوكة للمستأجر . ولكن المشرع فى هذا السبيل راعى أمرين ١ ـ أن الزوجة تشارك زوجها فى المعيشة والمسكن ، وقد تضع بعض منقولات مملوكة لها ويفترض انصراف الامتياز اليها . ٢ ـ أن المؤجر تتوافر له حيازة حكمية تجيز له الاحتجاج بامتيازه على منقول مملوك للغير .

على ضوء هذه الاعتبارات نعالج فيما يلى حكم المنقولات المملوكة للزوجة ، وتلك التى يضعها المستأجر من الباطن ، أو تكون مملوكة للغير بصفة عامة . وقد وضع المشرع أحكامها فى الفقرة الثانية والثالثة من المادة ١١٤٣ .

١ ـ المنقولات المملوكة للزوجة : تعتبر ضامنة لحق المؤجر ولو ثبت علمه أنها ليست ملكاً للزوج المستأجر (١) . ولكن يراعى فى هذا الشأن أن فى وسع الزوجة أن تطلب إخراج منقولاتها من وعاء الأفضلية ، إذا أخطرت المؤجر

---

(١) لو تأملنا فى نص الفقرة الثانية من المادة ١١٤٣ ، لوجدنا أن تعلق حق المؤجر بمنقولات الزوجه لا يقوم على فكرة حسن النية فى الحيززة . ذلك أن المشرع يقرر الامتياز على هذه المنقولات بصفة مطلقة ، ثم يقيد وقوع الامتياز على منقولات الغير بشرط حسن النية ، أى جهل المؤجر بتعلق حق الغير بها . وهذا المعنى المستفاد صراحة من المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى (جـ٢ ص ٣١٥)

بهذه الرغبة ، وقبل ذلك . حينئذ يتسنى له أن يستلزم وضع منقولات أخرى كافية ، تضمن الوفاء بحقه ، وإلا اجيز له فسخ التعاقد .

وقد اختلف الشراح فى تأصيل حكم تعلق حق المؤجر بمنقولات الزوجة. ويتجه الرأى الغالب إلى تأسيسه على اعتبار أن الزوجة تشارك الزوج فى الانتفاع بالعين المؤجرة . ويبدو لنا أن المشرع قدر بصفة خاصة مصلحة المؤجر ، مراعياً الوضع المألوف فى مصر ، وهو أن المنقولات تكون فى الغالب من الأمر مملوكة للزوجة .

٢ — المنقولات المملوكة للمستأجر من الباطن : تدخل هذه المنقولات فى وعاء الأفضلية ، فيرد عليها الامتياز ، حتى ولو علم المؤجر أنها ليست مملوكة للمستأجر الأصلى ، متى كان التأجير من الباطن ممنوعاً بنص فى العقد. ويصدق هذا الحكم من باب أولى فى الأحوال التى يكون فيها تحريم الإيجار من الباطن بنص صريح فى القانو ن .

أما إذا كان هذا التأجير مصرحاً به ، فإن المنقولات التى يضعها المستأجر من الباطن لا يتعلق بها حق المؤجر إلا من الوقت الذى تقوم بينه وبين المؤجر علاقة مباشرة . وتتوافر هذه العلاقة من اللحظة التى يتلقى فيها إنذاراً من المؤجر يطالبه بما هو مستحق فى ذمته من أجرة فى مواجهة المستأجر الأصلى (م٥٩٦). عندئذ يصبح المستأجر من الباطن مديناً مباشراً للمؤجر بالمبالغ المستحقة عليه لصالح المستأجر الأصلى ، وتكون هذه المبالغ ديناً ممتازاً ، يضمن الوفاء به المنقولات أو الحاصلات الموجودة بالعين المؤجرة (م ١١٤٣/٣) .

٣ — المنقولات المملوكة للغير بصفة عامة : قد يضع المستأجر فى العين المؤجرة منقولات غير مملوكة له ، وإنما تكون مملوكة للغير . وهو فى هذا الصدد قد تكون حيازته لها على سبيل العارية أو الإيجار ، بل وربما يكون مغتصباً لها. فما مدى تعلق حق المؤجر بهذه المنقولات ، وإلى أى حد تدخل فى وعاء الأفضلية .

بينا فيما سبق أن القانون قد أسند إلى المؤجر حيازة افتراضية ، تخول لـــه السيطرة على كافة ما يوجد من منقولات فى العين المؤجرة ، وتجيز له الاعتصام بحسن النية فى الحيازة ، لرد مطالبة كل من يدعى حقاً على هذه المنقولات .

وعلى هذا النحو يتضمن وعاء الأفضلية المنقولات المملوكة للغير متى كان المؤجر يجهل وقت وضعها فى العين المؤجرة أنها غير مملوكة للمستأجر . وأن للغير حقوقا عليها (م١١٤٣-٢) . والأصل بطبيعة الحال هو حسن النية ، وعلى مالك المنقولات أن يثبت عكس ذلك ، أى يثبت علم المؤجر بتعلق حق الغير بها.

وإذا كانت هذه المنقولات أفلتت من سيطرة مالكها بسرقة أو ضياع ، فله أن يستردها من المؤجر حسن النية خلال ثلاث سنوات من وقت فقدها أو سرقتها وفقاً للاحكام العامة فى استرداد حيازة المنقولات (م٩٧٧) .

يستفاد مما تقدم أن المؤجر يستطيع إنكار حقوق الغير على المنقول ، متى توافر لديه حسن النية عند وضعه فى العين المؤجرة . ولعل أكثر السبل تأميناً لحق الغير ، أن يبادر فور وضع المنقول فى العين المؤجرة إلى إخطار المؤجر ، بأن له حقوقا عليه . وحينئذ ينتفى عن المؤجر حسن النية ، وبالتالى لا يتعلق حقه بهذا المنقول .

الوسائل القانونية لحماية امتياز المؤجر: يعتبر المؤجر ، كما تقدم البيان ، حائزاً للمنقولات الموجودة بالعين المؤجرة ، وهى حيازة حكمية اصطنعها المشرع لتدعيم الضمان المقرر بالامتياز . على أن الطبيعة الخاصة لهذه الحيازة ، لا تجعل المؤجر فى مأمن من الخطر. فهو لا يسيطر سيطرة الفعلية على المنقولات التى تضمن الوفاء بحقه . إذ من الجائز أن يتصرف المستأجر فيها : أو ينقلهـــا من العين المؤجرة دون علم المؤجر أو رغم إرادته .

لذا حرص المشرع على وضع أحكام متعددة ، تهدف إلى حماية المؤجر ، وتمكينه من إخضاع المنقولات لسيطرته ، والإبقاء على حيازتها الحكمية التى

أسندها إليه القانون . وتتمثل هذه الأحكام فيما يأتى :ـ

١ ــ يستطيع المؤجر أن يحبس كافة المنقولات الموجودة بالعين المؤجرة بشرط أن تكون قابلة للحجز . بل ويمتد حقه فى الحبس إلى المنقولات المملوكة للغير ، مادام الامتياز مقرراً عليها ، ويتوافر ذلك كما قدمنا إذا كان يجهل وقت وضعها تعلق حقوق الغير بها .

ويترتب على الحق فى الحبس تمكين المؤجر من منع نقل المنقولات من العين المؤجرة . فإذا تم نقلها ، خلسه أو اغتصاباً ، يجوز له استردادها . وهو فى هذا السبيل يستعين بالوسائل التى زوده بها القانون . وإذا انتقلت المنقولات إلى حائز حسن النية ، يجوز أيضاً استردادها مع عدم الإخلال بما لهذاالحائز من حقوق (م ٥٨٩ ، ١١٤٣/٥) . فاذا كان اشتراها من سوق عام أو مزاد علنى أو ممن يتجر فى مثلها ، يلتزم المؤجر بتعجيل الثمن إلى الحائز قبل استردادها .

ويمتنع على المؤجر استرداد المنقولات فى أحوال متعددة : (ا) إذا كانت نقلت برضائه أو علمه (م ١/٥٨٩) (ب) إذا كان نقل هذه المنقولات مما تقتضيه حرفة المستأجر كالبضائع فى متجر ، أو مما تفرضه مقتضيات الحيازة المألوفة كالسيارة التى يفترض نقلها لإ مكان استعمالها . (ج) إذا كانت المنقولات الباقية فى العين المؤجرة أو التى استردها المؤجر تفى بضمان الأجرة وفاء تاماً (م ٢/٥٨٩) .

٢ ــ الحجز التحفظى : وهو أداة وقائية يعتصم بها المؤجر إذا خشى لأسباب معقولة تبديد المنقول المثقل بحق امتياز لمصلحته . وهو بهذه المثابة إجراء وقتى عاجل يسعى إليه المؤجر ، لتأمين الوفاء بالأجرة ، وتمكينه من الانتفاع بالضمان الخاص المقرر له بنص القانون . وفى هذا الشأن نصت المادة ٦٠٢ مرافعات فى فقرتها الأولى على أن « لمؤجر العقار أن يوقع فى مواجهة المستأجر أو المستأجر من الباطن الحجز التحفظى على المنقولات والثمرات والمحصولات

الموجودة بالعين المؤجرة وذلك ضماناً لحق الامتياز المقرر له فى القانون المدنى». ويشترط لصحة توقيع الحجز أن يكون الدين المحجوز من أجله حالا قد استحق الوفاء به . فلايجوز الحجز ضماناً للوفاء بأجرة لم يستحق بعد دفعها . ولا يشترط أن يكون المحجوز به أجرة . بل يصح الحجز لاستيفاء أى الديون المستحقة بموجب عقد الإيجار ، باعتبار أنها مبالغ مضمونة بحق الامتياز .

٣ – الحجز الاستحقاقى : أظهر المشرع حرصه على تدعيم امتياز مؤجر العقار ، فمنحه السلطة القانونية فى أن يتتبع المنقولات تحت يد الحائز حسن النية ، وهو ما يستفاد من نص المادة ١١٤٣/٥ التى تقضى بما يأتى «ويبقى الامتياز ولو أضر بحق الغير لمدة ثلاث سنوات من يوم نقلها (المنقولات) إذا أوقع المؤجر عليها حجزاً استحقاقياً فى الميعاد القانونى ..» .

والمقصود بهذا الحجز الاستحقاقى فى قانون المرافعات هو ما جاء فى الفقرة الأخيرة من المادة ٦٠٢ التى تنص على جواز الحجز على المنقولات والحاصلات والثمرات إذا كانت قد نقلت من العين المؤجرة بدون رضاء المؤجر مالم يكن مضى على نقلها ثلاثين يوما (١) .

اذا بادر المؤجر الى اتخاذ هذا الإجراء فى المدة القانونية ، يثبت له حق تتبع هذه المنقولات خلال ثلاث سنوات ، حتى ولوكانت تحت يد حائز حسن النية . على أن المؤجر يلتزم بتعجيل الثمن للحائز اذا اشترى هذه المنقولات فى سوق عام أومزاد علنى ، أو ممن يتجر فى مثلها .

مرتبة الامتياز : يحتل امتياز مؤجر العقار المرتبة السادسة بعد المصروفات

---

(١) أنظر المغفور له أستاذنا الدكتور محمد حامد فهمى فى كتاب التنفيذ الطبعة الثالثة التى أتمها الأستاذ محمد عبد الله محمد ٥٠٨ .

القضائية ، وامتياز المبالغ المستحقة للخزانة العامة ؛ وامتياز نفقات حفظ المنقول وترميمه ، وحقوق الامتياز العامة ، وامتياز مصروفات الزراعة و الآلات الزراعية .

إنما يراعى بشأن مرتبة الامتياز ، أن مؤجر العقار يعتبر حائزاً بحكم القانون . وهو بهذه المثابة ، يستطيع أن يعتصم بحسن نيته فينكر كافة القيود والتكاليف العينية المقررة على المنقول .

ويستفاد هذا الحكم صراحة بالنسبة إلى حقوق الامتياز ، من المادة ١١٣٣ فى فقرتيها الأولى والثانية. والأصل هو افتراض حسن نية المؤجر ، وعلى من يدعى العكس أن يثبت خلاف ذلك .

تطبيقا لما تقدم إذا وضعت فى العين المؤجرة منقولات مرهونة رهناً حيازياً ، وتخلى الدائن المرتهن عن حيازتها مؤقتاً ، فإن مؤجر العقار يحق له حبس هذه المنقولات فى مواجهة الدائن ، ويمنعه من استردادها .

وإذا كانت المنقولات مثقلة بحق امتياز يتقدم فى المرتبة على امتياز المؤجر ، فهنا لا يجوز الاحتجاج على المؤجر بهذا الامتياز ، ما دام حسن النية يستند إلى حيازة صحيحة . وهو ما نصت عليه صراحة الفقرة الرابعة من المادة ١١٤٣ بقولها ، وتستوفى هذه المبالغ الممتازة من ثمن الأموال المثقلة بالامتياز بعد الحقوق المتقدمة الذكر (الامتيازات السابقة فى المرتبة) ، إلا ما كان من هذه الحقوق غير نافذ فى حق المؤجر باعتباره حائزاً حسن النية .

هكذا أراد المشرع لمؤجر العقار أن يستفيد من الأثر المسقط للحيازة . وبذلك يصدق عليه حكم المادة ٢/٩٧٦ الذى يقضى بأنه «إذا كان حسن النية والسبب الصحيح ، قد توافرا لدى الحائز فى اعتبار الشئ خالياً من التكاليف والقيود العينية فإنه يكسب الملكية خالصة منها » .

وتطبيقاً لما تقدم يمكن لمؤجر العقار أن ينكر أى امتياز متقدم عليه فى المرتبة

ما دام حسن النية أى يجهل وجود هذا الامتياز، ومستنداً إلى سبب صحيح ، أى أنه لم يذكر فى عقد الإيجار ما يثقل المنقولات من قيود وتكاليف عينية.

فإذا وضعت فى العين المؤجرة منقولات أنفق عليها مصروفات حفظ أو ترميم ، أو وضعت آلات زراعية فى الأرض ولم يكن دفع ثمنها . فالأصل هو تقديم امتياز مصروفات الحفظ ، وامتياز مقابل الآلات الزراعية. ولكن هذه الامتيازات تتأخر عن امتياز مؤجر العقار ، نظراً للحيازة القانونية التى كفلها له القانون ، بصريح نص المادة ٤/١١٤٣ التى تقضى بأن هذه الحقوق تتقدم على امتياز مؤجر العقار إلا ما كان منها غير نافذ فى حقه باعتباره حائزاً حسن النية .

ولعل خير وسيلة للابقاء على الامتيازات المقررة على المنقولات التى تعلق بها حق المؤجر ، هى إخطاره وقت وضعها بالعين المؤجرة بتعلق حقوق الغير بها

على أنه إذا استطاع صاحب الامتياز المتقدم فى المرتبة ، مثل من انفق مصروفات الحفظ والترميم ، أن يثبت علم المؤجر بوجود هذا الامتياز (١)، ينتفى عنه حسن النية، وبالتالى تعود الأمور إلى نصابها فيتقدم امتياز مصروفات الحفظ والصيانة ، على امتياز مؤجر العقار .

أما امتياز المبالغ المستحقة للخزانة العامة فيحتاج إلى بعض ايضاح . فقد مضت الإشارة ، فى دراسة حكمة الامتياز وسلطاته ، إلى وجوب التفرقة بين الامتياز العام المقرر للخزانة العامة ، والامتياز الخاص الذى يرد على منقولات معينة بالذات . فاذا كان الامتياز عاماً، فالرأى عندنا هو إعمال نص المادة ١١٣٤ التى تقضى بأن حقوق الامتياز العامة لا يثبت فيها حق التتبع . وعلى هذا النحو يتقدم امتياز مؤجر العقار بوصفه حائزاً للمنقولات ، على امتياز الخزانة العامة إذا أرادت مشاركته فى التنفيذ ، ما دام حق الخزانة من الحقوق المضمونة

(١) يجب على منفق مصروفات الحفظ والترميم أن يثبت علم المؤجر بانفاق هذه المصروفات، وأنها لم تستوف ، وهو إثبات ، فيما يبدو لنا ، عسير المنال .

بامتياز عام ، كما هو الحال بالنسبة لضريبة الإيراد العام .والقول بغير ذلك يهدر كل ضمان للمؤجر ، بل وكل ضمان لأى دائن . ويقتضى من الشخص قبل أن يتعامل مع المدين ، أن يتحرى من مصلحة الضرائب عن مركزه المالى وهو أمر بطبيعته غير جائز .

أما إذا كان امتياز الخزانة العامة خاصاً يرد على منقولات معينة بالذات . فهنا يجوز لها استيفاء المبالغ المستحقة من ثمن الأموال المثقلة بها فى أية يد كانت قبل أى حق آخر . وبذلك يتقدم امتياز الخزانة العامة ، على امتياز مؤجر العقار حتى ولو كان حسن النية . إذ أن المشرع بصريح نص الفقرة الثانية من المادة ١١٣٩ كفل لامتياز الخزانة العامة حق التتبع بالنسبة للمنقول أو العقار ، مع إعفائها من شهر الامتياز (١) .

٢٣٨ - امتياز صاحب الفندق :

جاء النص على هذا الامتياز فى م ١١٤٤ من التقنين المدنى . ويتجه الفقه الغالب ، كما سبق البيان بالنسبة لمؤجر العقار ، إلى تأسيس هذا الامتياز على فكرة الرهن الضمنى (٢) . ولعل الأقرب إلى الواقع ، هو تأصيل الضمان المقرر لصاحب الفندق على أساس أن القانون هو الذى وضعه فى مركز الدائن المرتهن رهناً حيازياً . ومن ثم استخدم أداة مماثلة لتلك التى قررها فى امتياز مؤجر العقار ، فجعل صاحب الفندق فى حكم الحائز للمنقولات التى يتضمنها وعاء الأفضلية (م ١١٣٣ / ٢) .

يتقرر الامتياز لأصحاب الفنادق التى يأوى إليها الشخص للمبيت ، بصرف النظر عن تقديم الطعام له ، أو اكتفائه فقط بالمأوى (٣). ولا يصدق حكم هذا

---

(١) راجع دراستنا المتقدمة لامتياز المبالغ المستحقة للخزانة العامة فقرة ٢٣٤ . أنظر أيضاً أسس الامتيازات العامة والامتيازات المنقولة الخاصة ص ٥٧٤ وما بعدها .

(٢) ريبير وبولانجيه ج ٢ فقرة ٣٣٠٤ - بودان ج ١٣ فقرة ٤٤٨ - بلانيول وريبير وبيكيه ج ١٢ فقرة ١٦٦ .

(٣) كولان وكابيتان ج ٢ فقرة ١٥٦١ .

الضمان الخاص على أصحاب المطاعم والمقاهى ، لأن الامتياز يلزم لتوافره أن يكون المكان الذى يملكه الدائن معداً للسكنى ، وأن يكون الدين مستحقاً عن الإقامة وما يتصل بها من مأكل أو ما ينفق لحسابه خلال إقامته .

نطاق الأفضلية : تنصرف الأفضلية إلى ضمان المبالغ المستحقة لصاحب الفندق فى ذمة النزيل عن الإقامة ، وما يقدم له من أطعمة . وتتناول أيضاً ما ينفق لحسابه خلال إقامته ، أى كافة ما يستحق مقابل الخدمات التى يؤديها له الفندق .

وقد اختلف الفقه بشأن القروض التى تمنح للنزيل . فاتجه جانب من الفقه الفرنسى إلى عدم ضمانها بامتياز صاحب الفندق ، باعتبار أنها مبالغ لم تستحق بمناسبة مباشرة الحرفة (١) .

ولكن يلاحظ أن اقراض النزيل خلال إقامته بالفندق ، يجب اعتباره من التصرفات المألوفة التى تقتضيها حرفة صاحب الفندق . ولذا يميل الفقه السائد إلى اعتبار المبالغ التى اقترضها النزيل من الديون الممتازة(٢) .

وعاء الأفضلية : يتضمن وعاء الأفضلية الأمتعة التى أتى بها النزيل معه إلى الفندق ، أو فى مكان ملحق به ، وذلك كالملابس والبضائع والسيارات التى توضع فى مكان ملحق بالفندق . ويتجه الفقه السائد ، خلافاً لامتياز مؤجر العقار ، إلى إدخال المجوهرات والنقود فى وعاء الأفضلية (٣) .

---

(١) بودان وفواران المرجع السابق فقرة ٤٤٧ .

(٢) أنظر الأعمال التحضيرية ج٧ ص ٣١٨ - عبد الفتاح عبد الباقى ص ٧٤٧ - سليمان مرقس فقرة ٣٧١ .

(٣) الأعمال التحضيرية المرجع السابق - بوابيه انسكلوبيدى داللوز ج٤ ص ٢٤٥ بند ١١٠ . ويرى البعض أن السندات والأوراق المالية لا تدخل فى وعاء الأفضلية ، باعتبار أنها أموال منقولة ليس من المألوف أن يحضرها معه النزيل (بلانيول وريبير وبيكيه المرجع السابق فقرة ١٦٩) .

ويقع الامتياز على الأمتعة ولو كانت مملوكة للغير ، باعتبار أن صاحب الفندق يصدق عليه وصف الحائز . ولذا يتعين على مالك المنقولات أو صاحب الحق عليها ، أن يثبت علم صاحب الفندق بتعلق حق الغير بها ، فى الوقت التى أحضرها معه النزيل . وإذا كانت هذه المنقولات أفلتت من سيطرة المالك ، بسرقة أو ضياع يجوز له استردادها .

ويلاحظ من جهة أخرى أن صاحب الفندق ، باعتباره حائزاً بحكم القانون يجوز له أن يعارض فى نقل الأمتعة ما لم يستوف حقه كاملا ، وذلك أن له الحق فى حبس الأمتعة والمنقولات التى تعلق حقه بها . بل وله أن يستردها أيضاً إذا نقلت رغم معارضته أو دون علمه .

على أنه إذا انتقلت هذه المنقولات إلى شخص من الغير حازها بحسن نية وسبب صحيح ، يمتنع على صاحب الفندق استردادها . ولا يحق له توقيع الحجز الاستحقاقى ، كما هو الحال بالنسبة لمؤجر العقار .

ويجوز له تطبيقاً للقواعد العامة استرداد المنقولات الضائعة أو المسروقة ، على أن يتم ذلك خلال ثلاث سنوات من تاريخ السرقة أو الضياع . وإذا كانت تحت يد حائز حسن النية اشتراها من سوق عام أو مزاد علنى أو ممن يتجر فى مثلها ، يجب على صاحب الفندق أن يعجل له الثمن قبل استرداد المنقولات .

أما إذا نقلت الأمتعة والمنقولات التى تعلق حقه به ، برضائه ودون أن يبدى اعتراضاً ، فهنا ينقضى الامتياز بالتخلى عن الحيازة . وهو انقضاء بات ، بمعنى أن عودة النزيل للفندق مرة أخرى ، لا تبعث الحياة فى هذا الامتياز ، ولا يحق لصاحب الفندق أن يطالب بالديون المستحقة عن الإقامة الأولى ، بضمان المنقولات التى أحضرها النزيل فى المرة الثانية (١) .

---

(١) انسكلوبيدى دالوز المرجع السابق ص ٢٤٥ بند ١١٣ .

مرتبة الامتياز : يحتل هذا الامتياز المرتبة السادسة مع امتياز مؤجر العقار . فإذا تزاحم الحقان يقدم الأسبق فى التاريخ (م ١/١١٤٤) .

ولكن يراعى فى هذا الصدد أن الحيازة القانونية لكل منها قد ينعكس أثرها على مرتبة الآخر . فإذا نقل المستأجر بعض الأمتعة من العين المؤجرة ، ونزل بها فى فندق ، فان امتياز المؤجر وهو الأسبق لا يكون نافذاً فى حق صاحب الفندق ، إذا كان حسن النية ، أى يجهل تعلق حق المؤجر بهذه الأمتعة .

على أن المشرع ، وكما سبق البيان ، زود المؤجر بحماية خاصة ، تكفل له سريان الامتياز فى مواجهة الحائز حسن النية . إذ أجاز له أن يبادر إلى إجراء حجز استحقاق فى المدة القانونية المحددة فى المادة ٦٠٢ مرافعات (وهى ٣٠ يوماً من تاريخ نقل المنقولات من العين المؤجرة) . فاذا باشر هذا الحجز ، جاز له التقدم على صاحب الفندق ، حتى ولو كان حسن النية فى حيازته .

أخيراً نكتفى بالإشارة إلى أن صفة صاحب الفندق كحائز قانونى بمقتضى المادة ١١٣٣ ، تخول له أن يتجاهل كل حقوق الامتياز السابقة عليه فى المرتبة ، مادام قد توافر لديه حسن النية ، فى الوقت الذى أحضر فيه النزيل هذه المنقولات إلى الفندق .

٢٣٩ - امتياز بائع المنقول :

تنص المادة ١١٤٥ على ما يأتى «ما يستحق لبائع المنقول من الثمن وملحقاته يكون له امتياز على الشىء المبيع ، ويبقى الامتياز قائماً مادام المبيع محتفظاً بذاتيته وهذا دون إخلال بالحقوق التى كسبها الغير بحسن نية ، مع مراعاة الأحكام الخاصة بالمواد التجارية — ويكون هذا الامتياز تالياً فى المرتبة لما تقدم ذكره من حقوق الامتياز الواقعة على منقول ، إلا أنه يسرى فى حق المؤجر وصاحب الفندق إذا ثبت أنهما كانا يعملان به وقت وضع المبيع فى العين المؤجرة أو الفندق» .

أحاط المشرع فى القوانين الحديثة مركز البائع بضمانات متعددة تكفل له استيفاء الثمن الذى يستحق مقابلا للشئ المبيع . فأجاز له أن يمتنع عن تسليم المبيع وحبسه تحت يده إذا كان الثمن مستحق الدفع حالا حتى يستوفى ما هو مستحق له ، بل ويجوز له الحبس أيضاً إذا سقط حق المشترى فى الأجل طبقاً لأحكام المادة ٢٧٣ (م ٤٥٩) . ويحق للبائع أيضاً أن يطالب بفسخ البيع ، ورد الشئ المبيع إذا كان قد تم تسليمه .

وقد دعم هذه الضمانات المتقدمة ، بتقرير امتياز على المنقول المبيع ، ضماناً للوفاء بالثمن المستحق وملحقاته . وقد جاء هذا الامتياز وليد تطور تاريخى طويل. فكان القانون الرومانى يبقى على ملكية البائع ، إذا كان الثمن مستحق الأداء ، حتى يقوم المشترى بدفعه. ولما انتشرت البيوع بأثمان مؤجلة ، أقرت الشرائع القديمة شروطاً تقليدية فى عقد البيع ، تجيز للبائع إسترداد المبيع حتى يتم الوفاء بالثمن . وكانت حيازة المشترى خلال هذه الفترة مجرد حيازة عرضية .

لم يعد هذا الضمان القديم ملائماً لأحكام القوانين الحديثة ، بعد أن استقرت أحكامها على أن المشترى يمتلك المنقول فور التعاقد إذا كان معيناً بالذات ، وبالإفراز إذا كان التعيين نوعياً . وقد اقتضت حاجات الإئتمان الحديث ، انتشار البيوع بالتقسيط . واقتران تنفيذ التزام المشترى بأداء الثمن بأجل قد يمتد فترة غير قصيرة . ومن هنا كانت خير أداة لتمكين البائع من ضمان خاص ، هو تقرير امتياز على الشئ المبيع ضماناً للوفاء بالثمن وما يتصل به من ملحقات .

ويؤسس هذا الامتياز ، فى تقدير الفقه السائد ، على أن البائع صاحب الفضل فى وجود المبيع لدى المدين ، وهو بهذه المثابة أولى من الدائنين الآخرين بالأفضلية فى استيفاء حقه من ثمن هذا الشئ . بل ولعل هذا الضمان الخاص ، فيه تشجيع لمنح الائتمان ، وتيسير على الأفراد فى الحصول على حاجتهم مقابل دفع مؤجل التنفيذ .

نطاق الأفضلية : تنصرف الأفضلية بنص القانون إلى الثمن ، ومايتصل به من ملحقات . والمقصود بالملحقات هى الفوائد التى قد تستحق عن الثمـــن ، والمصروفات التى يقع على المشترى التزام بأدائها ، كتلك التى أنفقها البائع فى المطالبة بالثمن .

أما التعويضات التى يلتزم المشترى بها ، فهى لاتدخل فى نطاق الأفضلية ولا تعتبر ديناً ممتازاً . وفى هذا الصدد يختلف هذا الامتياز عن امتياز مؤجر العقار من حيث المبالغ المضمونة .

ويصدق وصف الثمن أيضاً ، على المعدل الذى يستحق فى حالة المقايضة . فإذا تمت المبادلة بين شيئين ، واستحق لمالك أحدهما معدل يمثل زيادة قيمة الشئ الذى نقل ملكيته ، فإن حقه فى استيفاء المعدل يعتبر ديناً ممتازاً .

وإذا اقترض المشتري الثمن ، فإن المقرض يحل محل البائع فى امتيازه ، مادام قد ذكر فى عقد القرض أن المال خصص للوفاء بالثمن ، وفى المخالصة أن دفع الثمن كان من هذا المال . ويعتبر هذا الحكم تطبيقاً للقواعد العامة فى الحلول الاتفاقى الواردة فى نص المادة ٣٢٨ .

وعاء الأفضلية: يتضمن وعاء الأفضليـة المنقول المبيع فقط ، فيحق للبائع أن يستوفى دينه من المقابل النقدى لهذا المنقول حسب المرتبة التى يخولها له القانون . وعلى هذا النحو إذا هلك المبيع أو تلف واستحق عنه تعويض أو مبلغ تأمين ، يجوز للبائع أن يباشر امتيازه على هذا المقابل ، وذلك تطبيقـاً للإحالة التى جاءت فى نص المادة ١١٣٥ ، فقضت بسريان أحكام هلاك أو تلف الشئ المرهون على حقوق الامتياز (١) .

---

(١) راجع ماتقدم فى انقضاء الامتياز فقرة ٢١٦ – وانظر أيضا فقرة ٩٢ وما بعدها فى الرهن الرسمى .

ويبقى المنقول مثقلا بالامتياز مادام محتفظاً بذاتيته . إذ يشترط لبقاء الامتياز أن تكون معالم المنقول ظاهرة بينه بحيث يمكن التعرف عليه reconnaissable. فإذا كان التغيير مادياً دون أن يفقده معالمه وذاتيته ، فهنا يظل حق البائع فى الامتياز قائماً ، مثال ذلك أن يصنع القماش ثياباً ، أو الخشب أثاثاً . ومن باب أولى يصدق هذا الحكم إذا كان التغيير الذى أصاب المنقول حكمياً ، أى أنه تقرر على سبيل الافتراض القانونى . ويتحقق ذلك بتخصيصه لخدمة العقار أو استغلاله . هنا يصبح المنقول عقاراً بحكم القانون نتيجة هذا التخصيص ، ولكنه لا يفقد ذاتيته ، بل يظل متضح المعالم ، صالحاً لمباشرة امتياز البائع عليه

أما إذا كان التغيير الذى لحق المنقول ، قد أفقده معالمه ، فتلاشت ذاتيته ، فهنا ينقضى الامتياز ، ومثال ذلك المنقولات التى تستخدم فى البناء كالأحجار وغيرها ، فهى تندمج فيه ، على نحو يزيل كيانها (١) .

مرتبة الامتياز : يحتل بائع المنقول ، طبقاً لنص المادة ١١٤٥ ، المرتبة التالية لامتياز مؤجر العقار وامتياز صاحب الفندق ، وهى المرتبة السابعة بين حقوق الامتياز العامة والواقعة على منقول .

وتطبيقاً للحكم المتقدم إذا وضعت منقولات مبيعة ، (لم يدفع المستأجر ثمنها) فى عين مؤجرة ، أو نزل شخص فى فندق بأمتعة لم يستوف البائع ثمنها ، فهنا يتقدم امتياز مؤجر العقار ، وصاحب الفندق على امتياز بائع المنقولات .

على أنه تنبغى الإشارة أن أساس هذه الأفضلية ، هو الحيازة القانونية التى أسندها المشرع للمؤجر وصاحب الفندق . ومقتضى هذه الحيازه أنه إذا توافر لدى أحدهما حسن النية ، جاز له أن ينكر كل امتياز مقرر على المنقولات ، حتى ولو كان متقدماً عليه فى المرتبة كما سبق البيان (٢) . ومن باب أولى

---

(١) بودان وفوراران جـ ١٣ فقرة ٥١٢ – كولان وكابيتان جـ ٤ فقرة ١٨٤٧ .

(٢) راجع ماتقدم امتياز مؤجر العقار ، وامتياز حفظ المنقول وترميمه.

يستطيع مؤجر العقار ، أو صاحب الفندق أن يتجاهل حق الامتياز المتأخر عنه فى المرتبة بنص القانون ، كما هو الحال فى امتياز بائع المنقول .

ولكن المشرع قد قضى ، بأن الأفضلية المقررة لمؤجر العقار أو صاحب الفندق تنتفى الحكمة منها ، إذا ثبت علمه بأن المنقولات التى تعلق بها حقه لم يدفع ثمنها للبائع . ولعله فى هذا الحكم ينفى عن المؤجر وصاحب الفندق حسن النية ، وبالتالى يجردهما من الحماية التى أضفاها عليهما . هكذا جاء نص م ١١٤٥ مقرراً فى فقرته الأخيرة «يسرى امتياز بائع المنقول على مؤجر العقار وصاحب الفندق إذا ثبت أنهما كانا يعلمان بهوقت وضع المبيع فى العين المؤجر أو الفندق» .

اصطدام امتياز البائع بحقوق الغير حسن النية : قدر المشرع أن المنقولات بحكم طبيعتها ميسورة التداول ، وأنها بهذه المثابة قد يتعلق بها حقوق الغير ، دون أن يتيسر لهم العلم بوجود امتياز البائع عليها . بل ولعله أيضاً راعى أن هذا الامتياز لا يخضع إلى أى إجراء يكفل له الشهر والعلانية ، كما هو الحال مثلا فى الحيازة الحكمية التى أسندها لمؤجر العقار أو صاحب الفندق . ومن هنا جاء نص المادة ١١٤٥ مقرراً أن امتياز بائع المنقول يبقى قائماً ، وهذا دون إخلال بالحقوق التى كسبها الغير بحسن نية .

تطبيقاً للحكم المتقدم ، إذا انتقلت حيازة المنقول إلى شخص توافر لديه حسن النية والسبب الصحيح ، يمتنع على البائع الاحتجاج بامتيازه فى مواجهته . وليس هذا الحكم أيضاً سوى محض تطبيق لنص المادة ١١٣٣ التى تقضى بأنه لا يحتج بحق الامتياز على من حاز المنقول بحسن النية (١) . على أن البائع يحق له إذا كان المتصرف إليه لم يدفع الثمن ، أن يحجزه تحت يده ليباشر حقه فى

---

(١) ويعتبر هذا الحكم أيضا تطبيقاً للمادة ٢/٩٧٦ التى تقضى بما يأتى « إذا كان حسن النية والسبب الصحيح قد توافرا لدى الحائز فى اعتباره الشىء خاليا من التكاليف والقيود العينية ، فإنه يكسب الملكية خالصة منها» .

الامتياز ، وإذا كان لم يتسلم المنقول بعد ، يجوز للبائع أن يستعين بحكم المادة ١١٣٣ فى فقرتها الثالثة ، ومقتضاها أنه إذا خشى الدائن لأسباب معقولة تبديد المنقول المثقل بحق امتياز جاز له أن يطلب وضعه تحت الحراسة .

كذلك أيضاً لا يحتج بهذا الامتياز ، على الدائن المرتهن رهن حيازة ، إذا توافر لديه حسن النية والسبب الصحيح وقت انتقال حيازة المنقول اليه .

وقد أشرنا من قبل فى دراسة منفصلة ، أنه لا يحتج بامتياز بائع المنقول أيضاً على الدائن المرتهن رهناً رسمياً ، إذا خصص المنقول المبيع لخدمة العقار أو استغلاله ، فتعلق حق الدائن به بوصفه من ملحقات العقار (١) .

ولعل خير الوسائل لحماية البائع من المفاجئات المتقدمة ، أن يتربص للمشترى ويراقب تصرفه فى المنقول وحينئذ يبادر بإخطار الغير الذى تعلق حقه به ، بأن المنقول لم يدفع ثمنه ، وأن امتيازه عليه لا زال قائماً . هنا تنتفى حسن النية ، وهو الشرط الأساسى الذى استلزمه المشرع لعدم سريان امتياز بائع المنقول على الغير .

٢٤٠ - امتياز متقاسم المنقول :

جاء النص على هذا الامتياز فى المادة ١١٤٦ بقولها «للشركاء الذين اقتسموا منقولا ، حق امتياز عليه تأميناً لحق كل منهم فى الرجوع على الآخرين بسبب القسمة ، وفى استيفاء ما تقرر لهم فيها من معدل . وتكون لامتياز المتقاسم نفس المرتبة التى لامتياز البائع ، فاذا تزاحم الحقان قدم الأسبق فى التاريخ » .

أساس هذا الامتياز ، أن العدالة تقضى بتمكين المتقاسم من استيفاء دينه بالأولوية من المنقول الذى وقع فى نصيب الشريك الآخر ، إذا كان استحقاق

---

(١) راجع ماتقدم فقرة ٩١ - وانظر أيضا بلانيول وريبير وبيكيه ج ١٢ فقرة ١٩٣ - بودان وفواران ج ١٣ فقرة ٥١٢ .

هذا الدين ناتجاً عن القسمة . وبذلك يتأسس امتياز المتقاسم على فكرة إيجاد الشئ في ذمة المدين التي يستند اليها امتياز البائع .

وهو امتياز يسرى على جميع أنواع القسمة أياً ما كان سبب الشيوع ، وبصرف النظر عن إيقاع القسمة بطريقة ودية أو قضائية .

يتناول نطاق الأفضلية المبالغ الآتية : ١ — معدل القسمة الذى يلتزم أحد المتقاسمين بدفعه لشريك آخر ، مقابل زيادة قيمة الشئ الذى وقع فى نصيبه . ٢ — التعويض الذى قد يستحق فى ذمة المتقاسم بسبب استحقاق نصيب متقاسم آخر (م ٨٨٤ مدنى) . ٣ — وهو يضمن أخيراً المبلغ الذى يلتزم به المتقاسم ، إذا ما بيع المنقول المملوك على الشيوع لعدم إمكان قسمته عيناً واشتراه أحد الشركاء .

ويتضمن وعاء الأفضلية الحصة المفرزة التى وقعت فى نصيب المتقاسم المدين بأحد المبالغ المتقدمة . فيرد الامتياز ضمانا للوفاء بالمعدل أو التعويض على المنقول الذى اختص به الشريك الآخر ، وينصب فى حالة عدم دفع الثمن ، على الشئ الذى اشتراه الشريك لعدم إمكان قسمته عيناً .

يحتل هذا الامتياز نفس المرتبة التى كفلها المشرع لامتياز البائع ، فإذا تزاحما قدم الأسبق . فاذا كانت القسمة بعد البيع قدم امتياز البائع ، وإن كان البيع بعد القسمة قدم امتياز المتقاسم (١) .

---

(١) راجع الأعمال التحضيرية ج ٧ ص ٣٢٣ .

المبحث الرابع

الامتيازات العقارية الخاصة

٢٤١ - احالة الى أحكام الرهن الرسمى

ختم التقنين المدنى نصوصه بحقوق الامتياز الخاصة الواقعة على عقار ،وهى امتياز بائع العقار ، وامتياز المقاول والمهندس المعمارى ، وامتياز المتقاسم فى العقار

وقد جاء فى التقنين المدنى فى غير الباب الأخير ، امتياز عقارى خاص للقرض الذى يمنحه اتحاد ملاك طبقات البناء الواحد (م ٨٦٩) .

وقد بينا فيما تقدم (١) أن حقوق الامتياز الواقعة على عقار ، تسرى عليها أحكام الرهن الرسمى بالقدر الذى لا تتعارض فيه مع طبيعة هذه الحقوق . وتسرى بنوع خاص أحكام التطهير والقيد وما يترتب على القيد من آثار وما يتصل به من تجديد ومحو .

وعلى هذا النحو نحيل فى دراسة أحكام هذه الامتيازات ، إلى كافة ماتقدم فى الرهن الرسمى . بل ولقد اتجه الفقه المقارن إلى بحث هذه الحقوق مع الرهن الرسمى فى صعيد واحد ، باعتبار أن الاختلاف الوحيد الذى يفصل بينهما يقتصر على مصدر الحق العينى التبعى الذى يتقرر للدائن . هذه الإحالة تصدق بصفة خاصة على كل ما قدمناه بشأن آثار الرهن الرسمى ، من حيث الأفضلية والتتبع وكل ما بيناه بصدد سريان حق الدائن على الغير .

٢٤٢ - مرتبة الامتياز العقارى

نصت المادة ٤٧ من قانون تنظيم الشهر العقارى على أن تكون مرتبة حق

---

(١) راجع ماتقدم ص ٥٨٠ .

الامتياز العقارى من وقت قيده ، ولو كان العقد الذى انشأه مسجلا . وهو نص مطابق لما جاء فى الفقرة الثانية من المادة ١١٤٧ فى التقنين المدنى .

على هذا النحو تتحدد مرتبة الامتياز العقارى وفقاً لتاريخ القيد . والأسبقية فى القيد هى القاعدة العامة التى تحكم تزاحم الدائنين أصحاب الحقوق المقيدة على العقار .

ويلاحظ فى هذا الصدد أن الامتيازات العامة ، كما مضت الإشارة ، لا تخضع للشهر ، ومع ذلك يتقدم أصحابها على الدائن المرتهن ؛ والدائن المزود بامتياز عقارى خاص . وفى هذا الصدد نحيل إلى دراستنا فى التزاحم على الأفضلية فى باب الرهن الرسمى ، وأحكام الامتيازات العامة فى الفصل السابق

كذلك أيضاً أعفى المشرع من الشهر الامتياز المقرر للخزانة العامة ضماناً للوفاء بالضرائب المستحقة عن العقار . وهو رغم إعفائه من الشهر يتقدم على الحقوق المقيدة بصريح نص المادة ١١٣٤ ، ١١٣٩ . ونحيل فى هذا الصدد أيضاً إلى دراستنا لترتيب حقوق الامتياز فى الفصل السابق ، وبحثنا لامتياز الخزانة العامة .

وأخيراً نلفت النظر إلى أن قاعدة الأسبقية فى القيد لا تلقى تطبيقاً مطلقاً بشأن امتياز المقاول والمهندس المعمارى ، وامتياز المتقاسم فى العقار كما سنشير فيما يلى :

٢٤٣ - امتياز بائع العقار

تنص المادة ١١٤٧ على ما يأتى «ما يستحق لبائع العقار من الثمن وملحقاته يكون له امتياز على العقار المبيع — ويجب أن يقيد الامتياز ولو كان البيع مسجلا وتكون مرتبته من وقت القيد» .

نطاق الأفضلية : يتحدد نطاق الأفضلية بالثمن المستحق فى ذمة البائع وما يتصل به من ملحقات ، سواء كان هذا الثمن مستحق الأداء أو مؤجلا ، وبصرف النظر عن طريقة أدائه ، فيبقى الامتياز قائماً يضمن الوفاء بآخر الأقساط المستحقة . وقد يكون الثمن إيراداً مرتباً مدى الحياة ، وهنا أيضاً يكون الامتياز ضامناً للوفاء به فى مواعيده الدورية (١) . بل ويكفل هذا الضمان استيفاء المعدل المستحق لأحد طرفى عقد المقايضة مقابل الزيادة فى قيمة العقار الذى نقل ملكيته إلى الغير ، لأن العقد فى حدود هذه الزيادة يأخذ حكم البيع .

وإذا نقل المدين ملكية عقار مملوك إلى دائنه مقابل الوفاء بدين مستحق عليه ، وكانت قيمة العقار تجاوز قدر الدين ، فإن المبلغ الذى يستحق فى ذمة الدائن ، يعتبر ديناً ممتازاً ، ويتقرر للمدين امتياز البائع على العقار ضماناً لاستيفائه ويستند هذا الحكم إلى أن الوفاء بمقابل إذا كان يتضمن نقل ملكية شئ للدائن ، يسرى عليه أحكام البيع (م ٣٥١).

ويثبت امتياز البائع لمن يقرض المشترى مبلغاً من النقود ، ليدفع به ثمن العقار بشرط أن يذكر فى عقد القرض الغرض منه ، وأن يذكر فى مخالصة الوفاء بالثمن أنه دفع من المال المقترض . وهذا تطبيق للقاعدة العامة التى وردت فى الحلول الاتفاقى ، ومقتضاها أنه يجوز للمدين إذا اقترض مالا وفى به الدين أن يحل المقرض محل الدائن الذى استوفى حقه ولو بغير رضاء هذا الدائن ، على أن يذكر فى القرض أن المال قد خصص للوفاء ، وفى المخالصة أن الوفاء كان من المال الذى أقرضه الدائن الجديد (م ٣٢٨) . ويترتب على هذا الحلول أن يحل الدائن الموفى محل الدائن الأصلى فى كافة التأمينات التى تضمن الوفاء بالدين .

ويتحدد نطاق الأفضلية ، وفقاً لنص القانون ، بثمن العقار كما قدمنا وملحقاته . والمقصود بالملحقات هو ما قد يستحق عن الثمن من فوائده ، ومصروفات المطالبة به . ويتجه جانب من الفقه إلى التوسع فى معنى المصروفات بحيث تشمل ما قد ينفقه البائع لحساب المشترى ، ويكون له الحق فى الرجوع

(١) راجع ما تقدم ص ٢٩٦ وما بعدها .

به ، كمصروفات العقد أو السمسرة أو رسوم التسجيل . ولعل صفة ملحقات الثمن تجعل من العسير إلحاق هذه المصروفات بالديون المضمونة بالامتياز ، ولذا يبدو لنا أن رجوع البائع بها يقتصر على صفته كدائن عادى (١) .

ولكن لا يضمن الامتياز التعويضات التى تستحق على المشترى نتيجة لفسخ التعاقد أو التأخير فى التسليم . ، حتى ولو اتفق على مقدارها فى العقد بموجب شرط جزائى (٢) .

وعاء الأفضلية : يقع الامتياز على المقابل النقدى للعقار المبيع ، سواء كان منزلا أو أرضاً زراعية . ويشمل وعاء الأفضلية ملحقات العقار بالمعنى الذى فصلناه فى الرهن الرسمى ، فهو يشمل العقارات بالتخصيص والتحسينات والمنشآت ، وكذلك يمتد إلى الثمار التى تلتحق بالعقار من وقت تسجيل تنبيه نزع الملكية (٣) .

مرتبة الامتياز : هذه المرتبة تتحدد على أساس تاريخ قيد الامتياز ، وهو واجب القيد حتى ولو كان عقد البيع مسجلا أى أن تسجيل البيع لا يكفى وحده لسريان امتياز البائع فى مواجهة الغير (م ٤٧ شهر عقارى) .

٢٤٤ - امتياز المقاول والمهندس المعمارى :

جاء هذا الامتياز فى المادة ١١٤٨ من التقنين المدنى . وقد قدمنا بشأن المنقول أن المشرع جعل مصروفات حفظه وترميمه ديناً ممتازاً ، وهو امتياز يستفيد منه أى شخص ينفق هذه المصروفات . أما هنا فالامتياز يرد على العقار

---

(١) راجع فى هذا المعنى عبد الفتاح عبد الباقى ص ٧٦٦ . قارن بودان وفوراان ج ١٤ فقرة ٥٠٣ - بلانيول وريبير وبيكيه ج ١٢ فقرة ٦٤٢ .

(٢) تصدق على الأفضلية كافة ماقدمناه من أحكام بشأن الرهن الرسمى ولذا نكتفى بالإحالة إلى دراستنا السابقة .

(٣) بلانيول وريبير وبيكيه الإشارة السابقة.

ويتقرر لصالح المقاول والمهندس المعمارى فقط . والحكمة من تقريره ، هى أن هؤلاء الأشخاص قد ساهموا فى وجود العقار أو فى الإبقاء عليه .

نطـاق الأفضلية : يتضمن ما يستحق مقابل تشييد أو إعادة تشييد أو ترميم أو صيانة أو حفظ عقار من العقارات . ويلاحظ فى هذا الشأن أن الامتياز محدود من حيث الأشخاص ، فهو لا يفيد إلا المقاول أو المهندس المعمارى . وهو يتقرر لأحد منهم إذا ما عهد اليه بهذا العمل . أما إذا قام به متفضلا من تلقاء نفسه فلا يتمتع بامتياز . أى أنه امتياز مقرر للمهندس أو المقاول إذا باشر حرفته بتكليف من أحد عملائه . وهو يختلف من هـذه الناحية عن امتياز مصروفات حفظ المنقول وترميمه ، الذى لا يشترط بشأنه أن يكون منفق المصروفات قد عهد اليه بهذا العمل .

هذا الامتياز لا يثبت للمقاول من الباطن ، وإن كان المشرع قد هيأ له دعوى مباشرة يسعى بها إلى رب العمل سعياً شخصياً مباشراً . وهى دعوى مزودة بامتياز على الدين المستحق فى ذمة رب العمل لصالح المقاول الأصلى . وإذا ما أوقع المقاول من الباطن حجز ما للمدين لدى الغير تحت يد رب العمل ثبت له امتياز على الدين المحجوز (م ٦٦٢ من التقنين المدنى) .

ويتحدد نطاق هذا الامتياز بأعمال التشييد والبناء فقط . ومن ثم فهو لا يثبت لمقاول قام بإصلاح أراضى زراعية ، بأن جفف ما فيها من مستنقعات مثلا وإذا توافرت الشروط المتقدمة فإن هذا الامتياز يثبت للمستفيد منه عن المبالغ المستحقة له بصرف النظر عن كونها مصروفات ضرورية أو نافعة . وفى هذا الشان يختلف امتياز المقاول والمهندس المعمارى عن امتياز مصروفات حفظ المنقول وترميمه . إذا لا يمتد الامتياز الأخير إلى المصروفات النافعة والكمالية وإنما يقتصر فقط على المصروفات الضرورية .

وعاء الأفضلية : إذا ما استحق للمقاول أو المهندس مبلغ فى ذمة رب العمل

مقابل ما قام به من أعمال تشييد أو ترميم أو صيانة ، فإن هذا المبلغ يكون ديناً ممتازاً ، ولكن الأفضلية لا ترد على المقابل النقدى للعقار كله . بل تقتصر فقط على ما زاد من قيمة العقار بسبب الأعمال الجديدة ، وفى حدود ما يبقى قائماً من هذه الزيادة وقت بيع العقار (١) . والأمر فى تقدير الزيادة خاضع لسلطان القاضى .

وقد أشارت إلى هذا الحكم م ١١٤٨ صراحة بقولها «يكون الامتياز على المنشئات بقدر ما يكون زائداً بسبب أعمال المقاول أو المهندس فى قيمة العقار وقت بيعه» .

مرتبة الامتياز : تقضى م ١١٤٨ بوجوب قيد الامتياز وتحتسب مرتبته من وقت القيد ، ويسرى على إجرائه ما قدمناه بشأن الرهن الرسمى من أحكام

وإذا تزاحم عدة دائنين أصحاب حقوق مقيدة ، فالعبرة بالأسبقية فى القيد. هذا المبدأ يرد عليه ، كما سبق البيان ، استثناء جاء فى م ١٠٣٦ (٢) . خلاصته أن حق الدائن المرتهن رهناً رسمياً يمتد إلى التحسينات والإنشاءات التى تعود بمنفعة على المالك ، على أن ذلك لا ينبغى أن يضر بامتياز المبالغ المستحقة للمقاولين أو المهندسين المعماريين . وحكمة المشرع فى هذا الاستثناء هو خشيته من أن يحجم المقاولون أو المهندسون عن التشييد فى عقارات مرهونة ، أو إقامة تحسينات فيها . ذلك أن المقاول أو المهندس إذا وجد أن حقه سيقدم عليه حق الدائن المرتهن باعتبار أن الرهن يشمل التحسينات والمنشئات ، فقد يمتنع عن القيام بالأعمال التى عهد إليه بها . لهذا حرص المشرع على أن يبعث فى نفسه الطمأنينة ، فقرر عدم الإضرار بامتيازه حتى ولو كان العقار مرهوناً رهناً

(١) فاذا بنى مقاول مثلا منزلا على قطعة أرض تقدر بمبلغ ١٠ آلاف جنيه ، وطرح العقار بما عليه من بناء للبيع بالمزاد وكانت الأرض وقت البيع كما هى ، وبيع العقار كله بمبلغ ٢٥ الف جنيه فإن امتياز المقاول ينحصر فى المقابل النقدى للزيادة فى قيمة العقار مقدرة وقت البيع ، أى ينحصر فى مبلغ ١٥ الف جنيه .

(٢) راجع ماتقدم فقرة ١٠٣ .

رسمياً . هذه الحكمة المتقدمة تنتفى إذا قام المهندس أو المقاول بتحسينات أو إنشاءات على عقار غير مرهون ، ثم ارتهن بعد ذلك . لأن الأصل فى هذه الحالة هو وجوب مبادرة المهندس أو المقاول إلى قيد حقه حتى يحتل مرتبته القانونية فى مواجهة الغير . فإن أحجم ، فليس من العدل أن يتحمل الدائن المرتهن نتيجة هذا الإهمال (١) .

٢٤٥ - امتياز المتقاسم فى العقار :

هذا هو الامتياز الذى ختم به المشرع التقنين المدنى ، وجاء النص عليه فى المادة ١١٤٩ التى تقرر ما يأتى «للشركاء الذين اقتسموا عقاراً حق امتياز عليه تأميناً لما تخوله القسمة من حق فى رجوع كل منهم على الآخرين بما فى ذلك حق المطالبة بمعدل القسمة . ويجب أن يقيد هذا الامتياز وتكون مرتبته من وقت القيد» .

حكمة هذا الامتياز هى تحقيق المساواة بين المتقاسمين لضمان الوفاء بالديون المترتبة على القسمة أو بمناسبتها . وأساسه المتعارف عليه هو أن المتقاسم ساهم فى إلحاق العقار فى ذمة الشريك . فمن العدل أن ييسر له استيفاء حقه من المقابل النقدى للعقار قبل غيره من الدائنين .

نطاق الأفضلية : يتحدد على ضوء مايستحق للمتقاسم فى ذمة الشريك الآخر بسبب القسمة ومناسبتها . ويتضمن معدل القسمة وثمن التصفية والتعويض الذى قد يستحق لأحدهما قبل الآخر بموجب ضمان الاستحقاق إذا ما استحق نصيب المتقاسم لشخص أجنبى . كذلك أيضاً يضمن الوفاء بالفوائد المستحقة عن أى مبلغ من المبالغ المتقدمة .

---

(١) راجع فى هذا المعنى عبد الفتاح عبد الباقى ص ٧٧٢ . محمد على امام فقرة ٤٨٣ .

وعاء الأفضلية يختلف بحسب الديون المضمونة . فالنسبة لمعدل القسمة يرد على العقار الذى وقع فى حصة الشريك الذى التزم بدفع المعدل . فاذا كان (ا) و (ب) يملكان منزلين على الشيوع واختص كل منهما بمنزل على أن يدفع (ا) إلى (ب) مبلغ ١٠٠٠ جنيه ، فان دين (ب) يكون ممتازاً ووعاء أفضليته هنا هو المقابل النقدى للمنزل الذى يملكه (ا) . وبالنسبة لثمن التصفية ترد الأفضلية على العقار الذى تمت تصفيته بالبيع . فاذا بيع العقار ورسا المزاد على أحد الشركاء فان الآخرين يكون لهم حق امتياز بقدر ما هو مستحق لهم ، ووعاء الأفضلية هو العقار الذى اختص به الشريك . أما إذا كان الامتياز ضامناً للتعويض المحكوم به للمتقاسم إذا ما استحق نصيبه لأجنبى ، فهنا يحق للمتقاسم أن يرجع على الشركاء الآخرين ويلزم كل منهم بنصيب فيما لحقه من خسارة ، ويكون رجوعه مكفولا بامتياز مقرر على الحصة التى آلت لكل شريك .

مرتبة الامتياز : تتحدد المرتبة بتاريخ إجراء قيد الامتياز . على أنه جدير بالذكر الإشارة إلى حكم سبق بيانه ، ومقتضاه أن امتياز المتقاسم يتقدم على حق الدائن المرتهن الذى انتقل رهنه بعد القسمة إلى أعيان أخرى غير التى ارتهنها حتى ولو أجرى القيد الجديد المنصوص عليه فى م ١٠٣٩ فى خلال ٩٠ يوماً من تاريخ إخطاره بالقسمة . فالرهن بهذا القيد الجديد وإن كان يظل متمتعاً بمرتبته القديمة ، ولكنه يتأخر عن امتياز المتقاسم الذى يضمن الوفاء بما يستحق له فى مواجهة الشريك (١) .

ويلاحظ من ناحية أخرى أن حقوق الامتياز العامة ، وكذلك حقوق الامتياز العقارية الضامنة لمبالغ مستحقة للخزانة العامة ، وحق الامتياز المقرر للمصروفات القضائية ، إذا وردت على عقار لا يلزم فيها الشهر بنص القانون ، ومع ذلك

---

(١) راجع ماتقدم ص ١١٢ وما بعدها .

فهى تتقدم على الامتيازات العقارية الخاصة .

هذا الحكم تقرر فى الفقرة الثانية من م ١١٣٤ ، ١١٣٩ بالنسبة للامتيازات العامة والامتيازات الضامنة لمبالغ مستحقة للخزانة العامة ، وفى الفقرة الثانية من م ١١٣٨ بالنسبة للمصروفات القضائية .

٢٤٦ - امتياز القرض الذى يمنحه اتحاد ملاك الطبقات :

تنص المادة ٨٦٩ على ما يأتى « كل قرض يمنحه الاتحاد (اتحاد ملاك طبقات البناء الواحد) أحد الشركاء لتمكينه من القيام بالالتزاماته يكون مضموناً بامتياز على الجزء المفرز الذى يملكه وعلى حصته الشائعة فى الأجزاء المشتركة من العقار . وتحتسب مرتبة هذا الامتياز من تاريخ قيده» .

وواضح من النص المتقدم أنه يعالج صورة ملكية الطبقات فى البناء . وقد وضع المشرع تنظيما خاصاً لادارة الأجزاء المشتركة ، يتأسس على تكوين اتحاد يضم الملاك جميعاً .

ويضمن الامتياز من حيث نطاق الأفضلية القروض التى تمنح لأحد الملاك لتمكينه من القيام بالتزاماته الناشئة عن اشتراكه فى العقار . أما إذا كان القرض لغرض آخر فهو لا يدخل فى نطاق الدين الممتاز .

ويتحدد وعاء الأفضلية بالجزء المفرز المملوك ملكية خالصة للمالك المقترض ، والحصة الشائعة فى الأجزاء المشتركة للعقار .

ويخضع الامتياز من حيث مرتبته للقاعدة العامة فى وجوب شهر الامتياز ، وحسم التزاحم بين الحقوق المقيدة على العقار وفقاً للأسبقية فى القيد .

بيان تحليلي
لموضوعات الكتاب

باب تمهيدى
فى تأصيل نظرية التأمينات

الجزء الأول

النظم القانونية للتأمينات العينية

نظرة عامة

الباب الأول

الرهن الرسمى

فقرة		صفحة

الباب الثانى

حق الاختصاص

الباب الثالث

الرهن الحيازى

فقرة | صفحة

فقرة | صفحة

الباب الرابع

حقوق الامتياز

تم بعون الله

مطبعة نهضة مصر


